

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Presencia histórica y actual del derecho romano**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Germán Sierra Rico**

DIRECTOR:

**Juan Iglesias**

**Madrid, 2015**



70  
1983  
212

X - 53 - 377825 - 4

German Sierra Rico

PRESENCIA HISTORICA Y ACTUAL DEL DERECHO ROMANO

Departamento de Derecho Romano  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
1983



BIBLIOTEC/

Colección Tesis Doctorales. Nº

218/83

© German Sierra Rico  
Edita e imprime la Editorial de la Universidad  
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía  
Noviciado, 3 Madrid-8  
Madrid, 1983  
Xerox 9200 XB 480  
Depósito Legal: M-33949-1983

GERMAN SIERRA RICO

PRESENCIA HISTORICA Y ACTUAL DEL DERECHO ROMANO

Tesis doctoral dirigida por el profesor  
don Juan Iglesias Santos, catedrático de  
Derecho romano de la Universidad Complu-  
tense de Madrid

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

1982

»





## I N D I C E

	Págs.
INTRODUCCION .....	V
EL DERECHO EN EL MUNDO ROMANO	
CAPITULO I Vida y dinamismo del Derecho romano .....	8
CAPITULO II El "carisma" histórico del Derecho romano.....	14
CAPITULO III Configuración política del Derecho romano .....	24
CAPITULO IV Otros elementos extrajurídicos configuradores .....	32
CAPITULO V Posibles influencias de otros Derechos.....	45
CAPITULO VI Distinciones en la totalidad jurídica de Roma: Ius - civile, ius gentium, ius naturale, ius honorarium, ius novum .....	60
CAPITULO VII Nacimiento y discurso histórico del Derecho romano: las fuentes y las codificaciones .....	77
CAPITULO VIII La promoción del Derecho romano: pueblo, jurisprudencia y pretor .....	116
CAPITULO IX Las líneas cardinales del derecho privado romano: la familia, la <del>propiedad</del> y los derechos reales, las sucesiones, las obligaciones, el procedimiento .....	132
EL DERECHO ROMANO EN EL MUNDO POSTROMANO	
CAPITULO X Huellas indelebles de Roma: la lengua y el Derecho..	157

	Págs.
CAPITULO XI	Glosadores ..... 161
CAPITULO XII	Postglosadores o comentaristas ..... 182
CAPITULO XIII	Los humanistas ..... 195
CAPITULO XIV	Propagación de la ciencia romanística del Derecho.. 213
CAPITULO XV	La recepción del Derecho romano ..... 225
CAPITULO XVI	El Derecho natural ..... 233
CAPITULO XVII	El usus modernus pandectarum. Savigny, la Escuela - histórica y el Derecho de pandectas. Ihering ..... 253
CAPITULO XVIII	El Neohumanismo jurídico. Nuevas codificaciones ... 265
EL DERECHO ROMANO HOY Y MAÑANA	
CAPITULO XIX	El siglo XX y el Derecho romano ..... 282
CAPITULO XX	El humanismo y el Derecho romano en crisis ..... 296
CAPITULO XXI	El Derecho romano y la identidad cultural de Europa 314
CAPITULO XXII	El Derecho romano hacia el siglo XXI ..... 323
BIBLIOGRAFIA GENERAL .....	331

## INTRODUCCION

El tema de la presente tesis, dada su ambición y sus riesgos, de los que soy consciente, exige una humilde y animosa exposición de motivos.

Sin los años transcurridos de docencia del Derecho Romano y sin los contactos científicos y humanos con algunos de nuestros romanistas más destacados, —no me hubiera sentido con fuerzas para emprender esta aventura que tanta asimilación demanda.

Y no me arrepiento de la palabra "aventura", porque en el campo de las —ciencias morales, políticas y jurídicas, que son ciencias de relación y tras—cendencia, escasean las aventuras científicas tan necesarias para poner en re—lación, en buena relación, el quehacer universitario con la sociedad. Puede de—cirse que nuestra Universidad en crisis lanza el dato "al libre examen" de la—sociedad, y en todo caso del periodismo científico, que ha venido supliendo —con varia y desigual fortuna la carencia de exégesis universitarias.

La interpretación creadora y comunicativa de sus hallazgos, puede ayudar —mucho a la Universidad en la recuperación de su vitalidad y liderazgo.

En el caso del Derecho romano estos argumentos cobran especial sentido, —pues en medio de su crisis no consuntiva —es impensable el mundo del Derecho—sin advocaciones romanísticas— se empiezan a detectar síntomas de una tensión expansiva tutelar —no acierto con mejor expresión en tan breves palabras.

He de confesar que a mi erudición remota de bastantes años de docencia he—añadido, estudiado y anotado no poca bibliografía nacional y extranjera de to—

das las épocas, cuando tomé la decisión de dejar de ser doctor "ex - tesis" y - emprender este viaje, que espero me conduzca a la plenitud doctoral.

Y, sin embargo, con todo el material ordenado y a punto, estimo necesaria - una explicación que justifique cumplidamente la andadura emprendida.

Pienso que este mismo material por mi acervado, manejado por otro romanista, con más o menos cultura jurídica y extrajurídica, con más o menos capacidad de síntesis o análisis, con distinta sensibilidad en la selección de datos, daría como resultado una tesis distinta, aún versando sobre el mismo tema. Ello me da pie para afirmar que en los trabajos de contenido historicista no hay que tener miedo a la interpretación abierta —alguien ha dicho que escribir la Historia es hacer profecía al revés— sin que por ello se quite importancia a la - firme elocuencia de los datos.

Con libertad y responsabilidad, pues, he peregrinado por el camino imborrable que abrió el gran Derecho de Roma.

Conozco bien y soy consciente de la obra y méritos de mis posibles juzgadores. Ello me ha servido de estímulo y ejemplo, y por que no decirlo, ha sido la causa también de algún pasajero desanimo.

Pero cuando más sentía el peso de la responsabilidad me consolaba pensando con Eugenio d'Ors que "todo está a medio decir" y que acaso yo pudiera ofrecerles con el máximo respeto y devoción algún destello de originalidad.

Madrid, febrero de 1982

Germán SIERRA

## EL DERECHO EN EL MUNDO ROMANO

## CAPITULO I

## VIDA Y DINAMISMO DEL DERECHO ROMANO

En los períodos de crisis, cuando a tientas se buscan asideros, a veces, se descubren autenticidades inadvertidas en tiempos de engañosa normalidad.

Una visión auténtica del Derecho romano puede ayudarnos mucho a enfocar y resolver los problemas actuales del Derecho.

Se hace preciso pues proyectar sobre la actualidad jurídica la verdadera imagen del Derecho romano sin maquillajes innecesarios.

La aventura jurídica que comenzó en "el villorrio rudísimo que fué el Septimontium" (1) dura todavía y durará siempre porque el Derecho romano es el Derecho, y marginar u olvidar el Derecho romano es por consiguiente, lo más antijurídico que el jurista moderno puede hacer.

Y es que el Derecho romano es dinámica pura en pos de la justicia y la equidad que demandan la vida y la convivencia de suyo movedizas.

Se diría que Roma igualó el pensamiento jurídico con la vida, trascendiendo la ley y el dogmatismo y buscando la epifanía de la justicia en la resolución del caso concreto.

El verdadero Derecho romano —dice Villey (2)— desde cierto punto de vista, fué un arte superior al nuestro, pues supo librarse mejor de ciertas tentaciones. Al recobrarlo tal cual es, descubriremos un modelo que quizás todavía sea —

útil imitar, pues aún tenemos que aprender mucho de los jurisconsultos romanos.

Esto no es óbice para que el mismo autor, de modo tajante y simplista, haga el siguiente pliego de cargos, seguido de un estrambote en el que recupera su devoción por el Derecho romano: "El Derecho romano —escribe (3)— es, indudablemente, incompleto. Admite la esclavitud, desampara a los pobres, a los enfermos y a los proletarios y dista mucho de hacer reinar una igualdad perfecta entre los — hombres. Pero ¿qué nos impide completarlo? De la misma manera que los romanistas medievales podaron sus partes muertas e inútiles podemos nosotros continuar enriqueciéndolo. Ello no es razón suficiente para socavar sus bases, que son fruto — de una rica experiencia y responden a sanos principios".

Una formulación de cargos de tan poco calado no está a la altura de otras — interesantes interpretaciones de este jurista. El Derecho romano demanda para — ser comprendido una primera crítica immanente, desde dentro y en su mundo. No es acertado juzgarla con términos y abstracciones posteriores a la revolución francesa.

Ni la esclavitud, ni la desigualdad ante la ley, tienen hoy posible defensa, — fueron circunstancias de aquel mundo que el propio Derecho romano fué modificando y humanizando. Es más, bien analizada la evolución jurídica romana fué un pro caso de liberación.

Por otra parte, el Cristianismo, a partir de Constantino, acentúa esta co— rriente humanitaria que nunca dejó de sacudir la jugosa arborescencia jurídica — de Roma.

En esta crisis de identidad religiosa que hoy tenemos planteada y que incide ,  
¿como no? en nuestras concepciones jurídicas, existen nuevas tomas de posición — en torno al tema Imperio romano y Cristianismo.



Algunas de ellas pecan de simplismo y parcialidad, en los datos y en las — exégesis. En el mundo antiguo hubo ambiciones, guerras, genocidios, embriague— ces de poder que alentaron absurdas y crueles tiranías, y en todo esto la histo— ria de Roma no fue una excepción. Ahora bien, afirmar que el Imperio romano se — hizo, y lo que es más difícil, se mantuvo cinco siglos, sólo a base de poder y— voluntad de dominación, es hacer historia para uso de demagogos. La Historia del Derecho romano público y privado lo desmiente. Roma, sí, fué el primer gran ense— yo de estatificación, pero su máximo burocratizador, Augusto, en su autobiogra— fía, Res gestae divi Augusti, no se enorgullece de su "potestas" o poder, si no de su "auctoritas". Y es precisamente la auctoritas la que prestigia y da credi— bilidad a las magistraturas y jurisprudentes romanos: auctoritas principis, auc— toritas patrum, auctoritas prudentium.

En los hontanares del gran Derecho romano están los mores maiorum y el fas— entremezclándose con el ius, dando así testimonio de la tradición religiosa mo— ral y patriótica que inspiraba y moderaba el poder en Roma.

La humanitas, la pistias, la clementia, el officium, la benignitas, la chari— tas, iniciada ya la evolución jurídica, contribuyeron en buena medida a acortar— distancias entre el ser y el deber ser de ese capital fenómeno histórico-políti— co que fué el Imperio romano.

Al estudiar la dinámica histórico-política de Roma y comprobar su vitalidad a la altura del siglo XX pese a los rechazos conscientes, inconscientes e inte— resados, —que de todos hay— se hace preciso analizar e interpretar ese período históricamente excepcional en el que Roma creó el Estado y Cristo, el Hijo de — Dios vivo, fundó su Iglesia.

Hoy, estas dos fundamentales Instituciones son objeto de ataques frontales—

e indiscriminados, basados muchos de ellos en interpretaciones pobres y apasionadas de la Historia de Roma y de la Historia de la Iglesia.

Sin conocer y valorar debidamente la evolución del Derecho romano no se puede juzgar con justicia el papel de Roma en la Historia. Roma encarnó el poder - con flexibilidad civilizadora y sentido de lo justo y lo injusto, por eso duró - su Imperio e imprimió inmarcesibles huellas en la Historia.

Es oportuno dejar bien sentado que las virtudes romanas y el Estado creado por Roma no fueron incompatibles con el Cristianismo, como da prueba el Imperio Bizantino, donde conviven y florecen la Teología cristiana y el Corpus iuris Justiniano.

Hay quien dice que la caída del Imperio romano propició el Cristianismo. Es verdad que hubo persecución y rechazo de Roma a los hombres y las nuevas ideas y que los autores cristianos atribuyen la caída del Imperio a la corrupción y malas costumbres, pero no es menos cierto que el Cristianismo reconocido por Constantino, contribuye a la humanización del Derecho romano, precisamente, porque no le rechaza en su totalidad.

En ciertos sectores se habla de la vuelta al Evangelio con poco aprecio de la tradición y doctrinas conciliares de la Iglesia. Para los que desde esta posición atacan al Estado y a la Iglesia hay que recordarles con el Evangelio en la mano estas palabras de Cristo: "Tú eres Pedro y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia", es decir, que no se puede ser cristiano sin Iglesia, según el Evangelio. Y estas otras: "A Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César", donde se reconoce el sitio y el poder que el Estado corresponde.

En la historia no abundan los grandes saltos, el Estado romano cuando es penetrado por el Cristianismo es natural que nos de el esplendor de Santa Sofía y

de todo el arte bizantino. La barca de Pedro ha navegado siempre entre anécdotas de martirio y persecución, y anécdotas de apoteosis catedralicia. Y es que el Cristianismo es vida, con su rico pluralismo de dolor y alegría, sacrificio y triunfo, no es un caparazón racionalista que inutiliza al hombre para la verdadera vida, como ciertos colectivismos por fortuna a punto de caer en desuso.

Puede decirse que el empalme de la Edad Antigua con la Edad Media se hace con broche bizantino. En las ciudades bizantinas: Nicea, Efeso, Calcedonia, — Constantinopla, nace pujante la nueva Teología conciliar, desmochando herejías. Impulso teológico que rebrotará en Occidente cuando en el tercer Concilio Tolentino, Recaredo se convierta al credo de Nicea, tras el martirio parricida de su hermano San Hermenegildo.

La Edad media entra del brazo de la Teología cristiana y del Corpus iuris civilis de Justiniano, en tierras donde el Occidente se abraza y se pelea con el Oriente.

La Edad media será, pues, cristiano-romana con elementos nórdicos, góticos. Se diría un crisol de estos ingredientes; de aquí su combustión lenta. El medioevo es continuidad de muchas cosas de difícil y ardua síntesis, acosadas por el despertar islámico que dará su definitivo zarpazo en la Constantinopla conciliar y justiniana. Pero la Iglesia y el Digesto con su dinamismo imparable saltarán al nuevo continente, que pocos años después, en 1492, se va a descubrir.

La ruptura viene después, con todos sus hallazgos técnicos, su olvido del espíritu y su insolidaridad con las conquistas de la Historia. Pues bien, una de éstas, quizá la más dinámica ya que a la convivencia se refiere, tiene comunión con el Derecho romano.

N o t a s

- (1) J. Ortega y Gasset. Obras completas, T. VI, 97.
- (2) M. Villey, El Derecho Romano, Editorial universitaria de Buenos Aires, 62.
- (3) M. Villey, obra. cit., 61

## CAPITULO II

## EL "CARISMA" HISTORICO DEL DERECHO ROMANO

Se ha dicho que los tres acontecimientos de auténtico relieve histórico, — base de la cultura de Occidente y del mundo moderno han sido la Cultura griega, el Cristianismo y el Derecho romano. Atenas, Roma, Jerusalem las tres ciudades-mediterráneas que han arrojado más luz sobre el mundo. Se diría que representan las tres grandes posibilidades del hombre: el pensamiento, la norma y el amor.

En la ciudad terrana —valga la expresión agustiniana— las tres posibilidades hacen falta y de alguna manera se complementan y entrelazan. ¿Qué sería de las llamadas Ciencias morales y políticas sin estos ingredientes? Sin meditación, sin norma y sin amor no le queda al hombre más que la selva a merced del miedo y de la fuerza.

Ni el Cristianismo rechazó el Derecho romano, más bien lo influyó, ni éste fué impermeable a la cultura e instituciones griegas, ni por supuesto los grandes pensadores cristianos renunciaron a Aristóteles y a Platón, así la filosofía tomista sin prescindir de su propio vuelo tiene pilares aristotélicos y la patrística y San Agustín valoraron como se merece ese gran hallazgo que fué el idealismo platónico secundado por Plotino, que enriqueció la Edad Media con Lauras y Beatrices y alumbró la Edad Moderna nada menos que con el Quijote.

Sin desconocer el plano trascendente y religador del Cristianismo diremos — que estos tres grandes acontecimientos mediterráneos convivieron en una origi—

nal simbiosis hasta nuestros días.

Cifñéndonos ya al Derecho romano que es nuestro tema hay que ahondar y preguntarse el por qué del éxito jurídico de Roma en la Historia.

Pregunta ésta de difícil y compleja contestación.

Demasiado evidente como respuesta es invocar la genialidad del pueblo romano para el Derecho.

Burckhardt (1) se atrevió a formular algunas caracterizaciones unívocas sobre aquellos pueblos que de alguna manera se dejaron sentir más que los otros, poniendo por así decirlo su cuño en la Historia. El autor citado sintetiza en estos términos: "Grecia o la gracia, Roma o el mando, la India o el sueño...".

En la palabra gracia atribuida a Grecia está la cultura helénica, en la expresión "Roma o el mando" no late el capricho y la mecánica ordenancista, se halla presupuesta esa vocación jurídica de Roma que al propio poder absoluto la hace desconfiar de sí mismo y conectar de alguna manera —más o menos afortunada— con la auctoritas prudentium, mediante el ius respondendi ex auctoritate principis.

Que todos los miembros de la sociedad —escribe Ortega y Gasset(2)— se sientan colaboradores, en una u otra medida de la función de mandar y por lo tanto — con un papel activo en el Estado.

Cuando el poder de legislar se concentra en el Príncipe "quod principi placuit legis habet vigorem" y se opera la burocratización del Estado romano, poco a poco los jurisconsultos se incorporan a la cancillería imperial, dando lugar - "

al período de la "jurisprudencia burocrática" según la atinada expresión del romanista germano Schulz.

Durante el Principado y más explícitamente con la Monarquía absoluta llamada por algunos Dominado, las Constituciones imperiales prevalecen como fuentes de Derecho. Sus distintas clases: edicta, mandata, rescripta y decreta, sobre todo estas dos últimas nos muestran, a juzgar por su manera de elaboración, el fuerte condicionamiento que representaban de hecho los jurisprudentes en la voluntad constitucionalmente todopoderosa del Emperador. De esta suerte la "secretaría a libellis", donde se recibían a estudio las consultas de los particulares para ser contestadas en los rescriptos, fueron desempeñadas por ilustres jurisconsultos. Y los decretos "constituían verdaderas resoluciones judiciales — que adoptaba el Príncipe en el seno de un tribunal especial" (3).

Es evidente que el poder por absoluto que se proclame no puede ser ejercido sin hacer de él múltiples delegaciones. El poder, bien o mal, hay que repartirlo de alguna manera, si no se produce automáticamente el vacío de poder.

Pues bien, el Derecho es, entre otras cosas, el gran repartidor de poderes según la creencia e intereses de una sociedad. A tenor de la definición de Ulpiano de la jurisprudencia o ciencia del Derecho (4) se advierte que la creencia y los intereses de Roma fueron amplios, éticos y realistas, de aquí su gran perfil jurídico en la Historia.

Ahora bien, esta predisposición del pueblo romano para el Derecho, que contribuyó en gran medida a la acción civilizadora de Roma y a la consolidación — cinco veces secular del Imperio, se traduce en unos rasgos nada dogmáticos que responden a una concepción viva y fontanal del Derecho. El pueblo, la jurisprudencia y el pretor hicieron de la ley justicia viva, justicia para cada caso —

que fué sirviendo de precedente para resolver familias similares de casos des—  
pertando así esa fé en la justicia que en nuestra opinión es el eje diamantino—  
del gran Derecho romano. Aunque solo fuera por esto, por ser el Derecho que se—  
ha vivido y elaborado con más sentido de la justicia en concreto, no de la pro—  
clamada y abstracta, el Derecho romano debe seguir ocupando lugar preferente en  
la formación de los juristas de hoy y de siempre.

Sin su estilo de hacer Derecho las conquistas romanas hubieran sido una a—  
ventura más, como acaso lo fué el imperio de Alejandro que no resistió, a su —  
muerte, la torpe ambición de sus generales. Nos referimos al aspecto político,—  
ya que en el aspecto cultural, la incursión oriental de Alejandro dejó nada me—  
nos que el rastro cultural de Alejandría y abrió la ruta africana a la filoso—  
fía griega que llegaría a Europa por el camino de España, donde la trajeron los  
árabes.

Consignemos ahora algunos de los rasgos o características en que como antes  
dijimos se plasma la aptitud romana para descubrirnos el Derecho.

Si revisamos la metamorfosis del Derecho romano a lo largo de su dilatado —  
período histórico nos damos cuenta que el romano no fué un fanático de la norma.  
Para el romano, como para el Platón más irónico, la ley tiene un punto, entre —  
otros positivos y necesarios, de ciudadano gruñón que repite siempre lo mismo,—  
mientras la vida fluye a su alrededor cambiante y rica en particularidades. Ti—  
to Livio dice (II, 3): Leges rem surdam, inexorabilem, esse; nihil laxamenti nec  
veniae habere, si modum excesseris. "Es la ley cosa sorda e inexorable, incapaz  
de ablandamiento ni benignidad ante la menor transgresión".

El jurista romano no se dejó contagiar de esa tendencia patológica del dere—  
cho que podíamos llamar, para entendernos, proliferación legislativa. Así de —



800 leges rogatas pertenecientes a un período que va desde comienzos de la República al Principado tan solo 26 atañen al Derecho privado (5).

En su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el profesor Iglesias esclarece la moderación legislativa del Derecho privado romano en los siguientes párrafos (6): "Poco a poco el Derecho privado, — reducido, escueto en sus reglas y figuras, se aparta más y más, en su contenido, que no en su sello sagrado, en su rito, del fas, de la ley mandamiento, a la vez que se atempera a las necesidades y exigencias de una vida civil cambiante y progresora. Tal hace —hace esto último— sin recurrir a dictados legislativos de nuevo cuño.

Los viejos, ancestrales preceptos religiosos pueden y deben permanecer firmes. Su interpretación, en servicio de la cada vez más larga y variada casuística, ahorra los pronunciamientos legislativo. Ahorra la herejía. La herejía de — un hacer jurídico a espaldas de la voluntad de los maiores, cifrada en los more— res. Porque en los mores, y en lo que tienen de definido y consciente y de indefinido y subconsciente, pueden hallarse las respuestas a cuantos casos o situaciones plantee la realidad vital".

En estos párrafos se sintetiza también la manera de realización del Derecho privado romano, que hace compatible la ley mandamiento portadora de esencias — tradicionales con las nuevas exigencias de progreso y modernización, mediante — la interpretatio. Y cuando se llega a un desarrollo social" en que el Derecho no puede ser interpretatio, es decir, pura elaboración de los juristas, desenvolvimiento lógico de principios y preceptos tradicionales", el Pretor, aunque no le es dado crear ius, "puede dar órdenes a los particulares, de suerte que, dejando intacto al ius, lo hace nudum ius, es decir, lo deja "fuera de vida". Por —

otra parte, la gran labor actualizadora del Pretor tiene como marco el bonum -  
et aequum.

Esta modernización en punto al número de leyes y su afición a la praxis generadora de Derecho harán posible otro de los rasgos característicos del Derecho romano su extraordinaria capacidad para llenar el vacío jurídico.

El viejo Derecho civil, personal, ritualista y repetitivo, hecho a la medida de un fuerte poder patriarcal y de una sociedad predominantemente agrícola, habría sucumbido esclerotizado sin ese instinto de progreso jurídico, sin ese genial horror al vacío jurídico del pueblo romano.

El ius civile Romanorum aplicable solo a los ciudadanos romanos dejaba a la intemperie las relaciones entre extranjeros habidos en Roma y las de éstos con los romanos. Este desamparo normativo y de instancia para la resolución de conflictos es el que brillantemente remediaron el Praetor peregrinus y el ius gentium, cuya universalidad se refleja en la conocida definición de Cayo: — "quod naturalis ratio inter omnes homines constituit" (7).

El ius gentium es un antecedente de soluciones a los problemas que plantea después el Derecho Internacional privado que se alza como tal en la famosa glosa de Acursio que aborda los conflictos estatutarios entre Modena y Bolonia, entonces ciudades independientes, cada cual con su propio ordenamiento jurídico.

Roma supo mirar por encima de las bardas de su Derecho quirritario y asimilando, sin mimetismos ni falta de elaboración propia, principios foráneos, nos dió el Derecho de gentes que es el mejor testimonio de sus anticipos jurídicos en la Historia.

Del cuño e inspiración romanos de este Derecho universal no puede dudarse; como ha dicho Perozzi, el ius gentium es ius civile, un ius civile abierto y progresivo, despojado de su conditionalidad nacional.

Cambiando de tramo, podríamos decir que la continuidad es otra de las tendencias que caracterizan al Derecho romano. No podía ser menos en un derecho tan fiel a la vida, a la natura, a la realidad de las cosas, porque la vida pide continuidad, ella misma es esencialmente continua e incesante.

Ortega y Gasset en ocasión memorable, con énfasis irónico, se lamentaba de que el derecho fundamental a la continuidad no figurará en los textos constitucionales, estaba reciente, a la sazón, la terminación de la segunda guerra mundial. Es oportuno consignar que D. José Ortega y Gasset en su avanzada madurez y en su época final se ocupó con gran interés de Roma y su Derecho.

El Derecho romano no dió saltos en el vacío, a eso, más o menos, podemos llamarle continuidad. El Derecho romano no desechó su vieja piel hasta no tener bien arraigada la nueva sobre su encarnadura social.

Pero la continuidad no es inmovilismo ni ruptura, es más bien movimiento continuo. En este sentido el gran Derecho romano es evolucionario y no revolucionario.

La continuidad jurídica dió al mundo romano seguridad y confianza y por esta vía el ciudadano, el gobernado, llegó a sentir el Derecho, que es la mejor forma de prestarle adhesión.

Los inmovilismos y las rupturas revolucionarias fracasan porque reducen el Derecho a norma impositiva que deforma a la sociedad, alterando su ritmo evolutivo.

Las instituciones jurídicas romanas responden a un espíritu de sucesión, de continuación frente a una realidad llena de conflictos y fluctuaciones.

He aquí el talante romano: "vetera nobis augere et perficere", la palabra- "vetera" no debe entenderse como "lo viejo", "lo gastado", sino como algo que - se recibe, como un caudal relictos, que hay que aumentar y perfeccionar.

Se diría, sintetizando, que la continuidad jurídica de Roma, de modo muy su til y en muchas circunstancias respetuoso, embridó y dió sentido a la diversi- dad del Imperio.

Otro fenómeno que hizo predominante al Derecho romano fué que Roma buscó la justicia dentro del Derecho. En nuestro tiempo, la justicia abstracta, aprioris tica no deja cuajar al Derecho.

Hoy se busca afanosamente el llamado Estado de Derecho y este se nos escapa porque queremos construirle desde fuera del Derecho, con retazos de aquí y de - allá , pero sin un soporte credencial, sin una creencia. De esta manera la jus- ticia no cuaja en Derecho se queda en mera crítica del Derecho. Los romanos se- adentraron en el Derecho y operaron desde el Derecho inspirados por una fuerte - creencia que les llevó a ser protagonistas y a hacer que los otros pueblos se - plegaran a su sugestión histórica y política. Comentando a Mommsen, escribe Orte- ga y Gasset (8): "La Grecia --decía Mommsen-- es el prototipo del progreso huma- no. Roma, el prototipo del progreso nacional". Lo primero --sigue Ortega-- es - cuestionable, porque lo humano no se reduce a las artes y las ciencias; lo se- gundo, no. En comparación con la romana, las historias políticas del Asia y del Africa y --aunque por otras razones-- la misma Grecia, tienen cierto aspecto in- trahumano, vegetativo o de gusanera; quiero decir que en ellas los hombres no- ga hacen su propia historia en lírico combate contra el destino y el azar. Son-

historias más padecidas que inspiradas. Pero la historia política de Roma, hasta Julio Cesar, brota de los romanos como el chorro del hontanar!"

El Imperio fué la forma "nacional" que impuso Roma y que llegó hasta la — Edad Moderna en que el mundo se estructura en comunidad de naciones.

Así la creencia que impulsó el Imperio inspiró también el Derecho que llegó en el tiempo mucho más allá que aquél.

N o t a s

- (1) Burckhardt "Die Kultur der Renaissance in Italien".
- (2) J. Ortega y Gasset, Obras completas, tomo VI, IV edición, 92.
- (3) U. Alvarez Suárez, Instituciones de Derecho Romano - I, 40.
- (4) Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia - D. 1, 1, 10 pr.
- (5) Rotondi, Scritti Giuridici, 1 (1922), 43.
- (6) J. Iglesias, Espíritu del Derecho Romano, (1980), 52.
- (7) Gayo, 1, 1.
- (8) J. Ortega y Gasset, obra. cit. t. VI, 97.

## CAPITULO III

## CONFIGURACION POLITICA DEL DERECHO ROMANO

Hemos analizado en el Capítulo anterior algunos de los rasgos que dieron prevalencia al Derecho romano en la Historia: sobriedad legislativa e interpretatio, horror al vacío jurídico, continuidad, búsqueda de la justicia dentro del Derecho, (y no como afirma el maestro Ortega y Gasset (1) que los romanos creían que el derecho era la justicia, esto resulta demasiado pasivo para atribuirlo a los activos e infatigables juristas romanos) etc.

Pese a este análisis immanente, es decir, realizado desde el propio Derecho, hemos de confesar que no es esclarecedor separar dicotómicamente la política y el derecho en Roma.

Hay autores, incluso modernos, que admiten esta separación. Puede ser que —ello se deba a que, como escribe De Francisci (2), "no han creído dignas de su atención las cuestiones generales, y durante un siglo se han cebado en la anatomía de los textos, en la disección de las instituciones, en el análisis de los — más sutiles problemas, olvidando a menudo en esta labor —que es también necesaria e indispensable— el sentido de la grandiosidad del fenómeno histórico, manifestando una absoluta indiferencia por las indagaciones relativas a las ideas generales directrices, a los principios animadores, a las razones de vitalidad y — de expansión del sistema", (se refiere al sistema jurídico romano).

El párrafo transcrito podría servir de lema a la presente tesis, pues en ella se aspira, teniendo en cuenta los árboles, cómo no, a contemplar la ancha panorá

mica del bosque; de aquí que dediquemos nuestra atención a la concepción política de Roma como configuradora de su Derecho. Creemos con De Francisci (3) que en la jerarquía de valores en que se asentaba la civilización romana tenían la primicia los valores políticos, en el sentido de que, cualesquiera que fueran las manifestaciones tomadas en consideración, sin excluir la ética y la religión, el motivo dominante es el de las relaciones entre los hombres, el esfuerzo constante está dirigido a su regulación, el fin preeminente es el de ser organización - con miras a una perfección común. Los preceptos religiosos, las normas éticas, - los principios jurídicos, en Roma, no son otra cosa que el desarrollo de este tema político, inicial y fundamental.

En los términos que siguen nos da el autor citado la clave jurídica de Roma - cuya mejor inspiración estriba en la plena aceptación de la necesidad de todos - hasta hacerse norma y organización de un pueblo: el espíritu del Derecho romano - y los caracteres de la mentalidad jurídica romana no pueden ser apresados si no es refiriéndose a la estructura y a la vida de aquellos grupos primitivos que - constituyen el substrato de la sociedad romana, latina e itálica; grupos organizados no solo para objetivos religiosos y económicos, sino para fines políticos - de orden y defensa.

En aquel ambiente primitivo, en el que la salvación del individuo únicamente depende de la tutela que pueda encontrar en el grupo; en el que pertenecer a éste es condición esencial de vida, y en el que el grupo debe emplear cada día todas sus energías en una lucha dura, áspera y continuada contra las fuerzas de la naturaleza y las insidias de los enemigos, debía afirmarse inevitablemente el - sentido de la necesidad del grupo y el enraizamiento en los individuos de la conciencia de que la razón última de la acción es la continua integración de la potencia de aquél. Integración que, a los fines del orden y la defensa, impone el- „



reconocimiento y la consolidación de la autoridad y del poder de un jefe, y que quienes dependen de él vengán a tener una vida y destino comunes, no por vínculos de sangre, sino por su sometimiento a un mismo mando.

Es indudable que en la jerarquía de valores que inspiran y vertebran la sociedad romana tiene la primacía, como se ha dicho, los valores políticos que — son precisamente los que más tienen que ver con la convivencia, de aquí su importancia y desarrollo en el ámbito romano.

Los modernos colectivismos con superficialidad y desconocimiento han lanzado sus flechas contra el Derecho romano acusándole precisamente de individualismo. Sin duda este error se ha cometido queriéndolo apoyar en el concepto de la propiedad romana, en el concepto, repito, y no en la realidad, porque la propiedad romana tiene menos de individualista que de patrimonio de grupo, del grupo familiar latu sensu, el grupo agnaticio que tiene en Roma indiscutibles connotaciones políticas.

El Derecho romano, con relación a concepciones posteriores, casi pecó de demasiado social según los usos de la sociedad de su tiempo y fué precisamente el Cristianismo, mirando al individuo portador de un alma y de una dignidad el que introdujo en él elementos humanitarios.

Y pecaríamos de ligereza, en nuestra anterior afirmación, si no dijéramos — también que el propio Derecho romano fué humanizándose y corrigiéndose asimismo a través de la pietas, la humanitas, la clementia, el officium etc., y, en definitiva, buscando siempre el clamor de la vida, o mejor de la convivencia y de las necesidades que la evolución social y la expansión territorial iban planteando. Fin preeminente, pues, es el de su organización con miras a una perfección común.

Analizando el marco y el ritmo de la evolución jurídica romana se advierte la procedencia, diríamos, fundacional o de los grupos precívicos, de algunos -- conceptos político-jurídicos básicos que enmarcan la evolución, tales como la -- subordinación del individuo al grupo, la vinculación de los que siguen y acep-- tan la autoridad de un jefe común y el concepto de poder soberano originario -- que desplaza la inmediatez de la fuerza y abre camino a la autoritas.

Estos módulos políticos fundamentales, que dieron lugar a los grupos gentílicos, imprimieron carácter al grupo superior y más poderoso que se formó después, el Estado-ciudad.

De estos principios que sustentó como Atlante, el mundo romano, derivan los conceptos inspiradores de sus instituciones. "De este modo, de la idea de que -- pertenecer al grupo depende del sometimiento al mismo jefe y a las normas por -- él impuestas, se deduce el concepto de que el Estado es una "ius societas" y -- que la res publica no es "omnis hominum coetus quoquo modo congregatus", sino -- un coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione consociatus" -- (4).

En la conciencia romana estaba tan arraigada la necesidad de la autoridad -- de un jefe para la vida del grupo que llega a plasmar constitucionalmente con -- el reconocimiento del imperium al magistrado, "poder soberano a través del cual se ejerce la voluntad del Estado".

Roma supo sacar consecuencias esenciales a los principios políticos que pululaban en el aire del mundo antiguo rayano con la prehistoria, cabría decir -- pues, que Roma configuró política y jurídicamente el mundo antiguo, que es el -- primer mundo histórico, de aquí que sin Roma no se pueda avanzar en el estudio -- de la convivencia humana.

El pueblo romano logró hacer, como ningún otro pueblo, de la necesidad virtud y de esta virtud y buena disposición ciudadana supo hacer un derecho que la perpetuara, porque bien mirado el Derecho romano es legado de fuerzas constructivas — que transformaron sin destruirla la natura en cultura. Roma, armónicamente — Ortega y Gasset (5) compara su ascensión con una sinfonía — "sujetó los oscuros instintos al Derecho" y los oscuros instintos no son pocos y además muy sutiles.

De Francisci (6) connota las virtudes políticas que adornaron en exclusiva a Roma y que fueron configuradoras de su Derecho:

- a) Sentido exquisito de la necesidad histórica.
- b) Precisa valoración de las fuerzas opuestas y de su polaridad.
- c) Poderosa energía integradora.
- d) Singular capacidad para fundir armónicamente actividades subjetivas y circunstancias, libertad y necesidad, lo particular y lo general.
- e) Excepcional vocación a extraer, por vía de simplificación, del pensamiento y más aún de la experiencia, principios de organización que se ofrecen y afirman, incluso en medio de diverso tumulto de las vicisitudes históricas como universales.
- f) Intimidad secreta del alma romana es el origen primero de aquel sistema de derecho.

Estas cualidades políticas que adornan el genio de Roma e inspiran su Derecho dan pie para muchas páginas de comentario que nosotros no vamos a escribir porque pensamos que lo que dichas cualidades sugieren alumbrará suficientemente nuestro propósito.

Sólo aquél que tenga presente —sigue De Francisci— esta complementación de política y derecho puede explicarse la singular sabiduría ordenadora de Ro—

ma, que, paso a paso, desde la formación de la civitas pasó a la organización, aunque fuera imperfecta, de Italia, y, en fin a la ordenación del Imperio, con el cual todo el mundo civil, en sus elementos materiales y espirituales, quedó fundido en un único organismo político-jurídico dominado por una sola voluntad y guiado por una sola inspiración.

Los escritores romanos a quienes se les presenta el Imperio como un sistema de ordenamientos jurídicos habían medido perfectamente cual debía ser el papel del derecho en aquella construcción; tanto si se trata de Paulo-Emilio, organizador de la conquista de Macedonia, de quien escribió Livio: "Leges dedit cum tanta cura ut non hostibus victis sed sociis benemeritis dare videtur: et quas ne usus quidem longo tempore (qui unus est legem corrector) experiundo argueret", como cuando decía el poeta en versos tan conocidos:

Tu regere imperio populus romane memento

(Hae tibi erunt artes) pacique imponere morem

Parcere subiectis et debellare superbos,

se empleaba el término Imperium con el mismo significado con que lo usan los juristas romanos, como se ve comparándolos con los hexámetros que contienen el anuncio divino:

Sed fore qui gravidam imperiis belloque furenten

Italian reget: genus alto a sanguine Teucris

Proderet: ac totum sub leges mitteret orbem

De la urbs a Italia, de Italia al orbis, la construcción política y la jurídica proceden de igual forma, a través de dificultades siempre crecientes y problemas siempre más graves, pero sin vacilaciones y sin paradas: y en ese proceso se delinean así diversas fases del desarrollo de aquel sistema que, con su-

técnica y su sabiduría, constituye uno de los elementos esenciales de la herencia dejada por Roma al mundo moderno.

N o t a s

- (1) J. Ortega y Gasset. Obras completas, cuarta edición, tomo VI, 78.
- (2) P. de Francisci, Síntesis Histórica del Derecho Romano, 5
- (3) P. de Francisci, obra cit. 3.
- (4) P. de Francisci, obra cit. 7.
- (5) J. Ortega y Gasset, obra cit. tomo VI, 100.
- (6) P. de Francisci, obra cit. 4.

#### CAPITULO IV

##### OTROS ELEMENTOS EXTRAJURIDICOS CONFIGURADORES

En la configuración del Derecho romano fue decisivo el genio político de Roma inspirador y catalizador de su ininterrumpida ebullición jurídica.

No obstante hay que tener en cuenta otros elementos que en su larga evolución y en periodos determinados pudieron influir y de suyo influyeron en el paradigmático Derecho del pueblo romano

Lo religioso, la organización militar de aquella sociedad en armas, su sentido moral y sus condicionamientos socio-económicos, son elementos colacionables a la hora de esclarecer el patrimonio jurídico romano.

La religiosidad en Roma se halla patente en múltiples aspectos y por ello no podía estar ausente de su mundo jurídico.

En el arranque del Derecho romano el mandato de los dioses, el fas se confunde con el ius, lo lícito humano --fas est - ius est, fas non est (nefas) -- ius non est (1)-- y posteriormente pasan estos términos a los cálculos procesales del tiempo, existiendo dies fasti --días hábiles que diríamos hoy-- y dies nefasti --días en que se prohíbe la actividad judicial.

Todos los autores están de acuerdo en reconocer este sentido religioso, --por lo menos en los albores del Derecho romano.

Ihering (2) destaca la fuerza analítica del pueblo romano que muestra pre

cisamente la distinción entre ius y fas, mientras en Oriente ambos conceptos se confundían, no obstante reconoce la poderosa influencia de la religión en la vida romana y por ende en el Derecho.

Como dice Jacobo Grimm (3), "sin lo inaccesible no existe nada que el hombre pueda venerar y respetar como santo". Por eso —escribe Ihering apoyándose en la cita anterior— el derecho aparece por doquier en relación con otro poder —la religión— que le consagra en una forma más augusta, y le separa de —las vicisitudes del cálculo y de la arbitrariedad brutal al colocarle en una esfera lejana y elevada, presentando los mandamientos del Derecho como mandamientos de Dios. La razón de esto no es la intención, el interés o el engaño, sino el sentimiento instintivo que tenemos de la naturaleza moral del Derecho, que —como voz de Dios impone sus inspiraciones a modo de revelaciones divinas. El —Oriente, exaltadamente religioso, confunde el derecho, la moral y la religión —como reveladores de la voluntad celeste por igual. Pero el espíritu más frío de Occidente admite al lado de mandamientos que se le aparecen como preceptos divinos, otros cuyos orígenes humanos le son bien conocidos. En el pueblo griego la distinción se hace en sus tiempos históricos, pero el pueblo romano distingue —desde las épocas más remotas el fas y el ius, indicando ya desde su origen su mentalidad jurídica.

Fas es el derecho religioso, santo o revelado, y comprende tanto a la religión en su aspecto jurídico (derecho eclesiástico), como al carácter religioso del derecho privado y público. No todo el derecho tiene carácter religioso: la religión y el Estado tienen límites claros. El ius es institución humana, variable y perfectible; su obligatoriedad proviene del acuerdo del pueblo, mientras el fas es inmutable como fundado en la voluntad de los dioses, por lo cual quien infringe el fas ultraja a la divinidad. Puede decirse que mediante el fas



el Derecho romano domina el Oriente y por medio del ius al Occidente, que el primero es el elemento estable y el segundo el progresivo. Este dualismo prueba la fuerza analítica del espíritu romano y determina uno de los progresos más importantes de la conciencia humana.

La religión en Roma se unía simbioticamente a las cosas, las instituciones y las costumbres. Al amparo de lo religioso se ponían los muros de las ciudades, los límites de los fundos particulares, las piedras, los árboles, los fosos y los frutos; quien atentaba contra ellos incurra en la cólera de los dioses. Pero lo que más importa a los dioses —pensaban— es lo que se refiere al servicio inmediato de la divinidad, el culto y la constitución de la Iglesia, es decir, según la clasificación de Varrón los hominibus, autoridades religiosas, las res sacrae, lugares sagrados, los temporibus, tiempos y juegos sagrados, y los sacra, consagraciones y sacrificios. El objeto de este orden era atraer a todo el pueblo al culto de los dioses por medio de la obligación jurídica, porque el servicio divino era una institución pública, en cuanto el pueblo es responsable hasta de los extravíos de un solo individuo, porque los dioses se vengan sobre todo el pueblo de las faltas y ultrajes de cada uno.

El pueblo sostenía con largueza los gastos de juegos, fiestas y sacrificios, mayores que otras cargas del presupuesto romano. Mientras el tesoro público se hallaba a veces en situación crítica, los dioses disponían de abundantes bienes y rentas. Sus bienes eran inviolables y se hallaban fuera del commercium; tenían sus tributos como el diezmo, aunque acaso no fuera obligatorio, las multas de las partes vencidas, las fortunas completas de los culpables en crímenes graves, una especie de multas religiosas, piamenta, aparte de los votos u ofrecimientos con que se compraba el auxilio de los dioses. Las comunidades y familias encargadas del culto pagaban los gastos. Pero lo importante es -

ver como el elemento religioso, el fas, impregnaba toda la vida romana.

El Estado quedaba por la consagración religiosa bajo el amparo de la religión. No hay en él departamento que no esté consagrado a un dios. Los romanos no podían concebir la unión política sin vínculos religiosos. Cada gens, curia o tribu, tiene su culto particular, y cuando Roma establece alianzas durables con otros pueblos, entra en comunicación religiosa con ellos, acogiendo a los dioses de esos pueblos y abriéndoles el culto a Júpiter Capitolino, protector de todo el Estado romano. Los dioses son dioses del Estado, cuyo dominio alcanza lo que éste. Quien representa el Estado o una unidad política cualquiera, -- los representa también ante los dioses; es el rey, y más tarde el consul, el que dirige las ceremonias sagradas. El estado cuidaba de conservar el favor de los dioses mediante sacrificios, fiestas y juegos. No se acometía ninguna empresa sin asegurarse de la aprobación de los dioses consultando los augurios. Sacrificios y plegarias abren las deliberaciones que se celebran en los días determinados por el fas y en los lugares sagrados, aunque se refieran a cuestiones profanas.

Multitud de principios políticos estaban regidos por el fas. Era contrario a este que el dictador prolongase más de seis meses sus funciones; los tribunos del pueblo estaban bajo la protección de la religión, cualquiera que les perjudicase era declarado sacer.

Toda función pública, como cualquier obligación aceptada en una circunstancia pública, exigía el juramento, como también lo necesitaban los tratados internacionales que se conservaban en el templo de Júpiter Capitolino. Por eso, -- la declaración de guerra se convertía en una cuestión religiosa contra el pueblo que había violado su fé, procedimiento que llevaban a cabo los feciales. »

Ahora bien donde más patente se hace la influencia de la religión es en el derecho penal. En la antigüedad romana el delito es una ofensa a la divinidad y la pena un medio expiatorio. Había ciertamente delitos como el del ladrón o bandido, que solo ofendían a los hombres, pero había otros que contenían ofensa a los dioses, respecto a los cuales el Estado debía tratar de apaciguar a los dioses para que su cólera no cayese sobre todo el pueblo. De ello cuidaban los pontífices que imponían desde la sencilla expiación hasta la pena capital.

El perjurio era una de estas infracciones religiosas; el perjurio no había alterado el orden jurídico y el Estado no tenía por qué castigarlo, pero su impiedad comportaba su exclusión perpetua de la comunidad religiosa, dejándole execratus, a menos que el pueblo no diera con un decreto a la autoridad religiosa medio de admitirle nuevamente (resociare).

En punto a los delitos propiamente dichos se consideraba que habían sido violados el orden temporal y el espiritual, y que la pena debía vengar a ambos en la persona del culpable. Los dioses tenían que ser aplacados en bien de la comunidad responsable ante ellos, como ante los pueblos extranjeros, de las faltas de sus individuos, que si no abandonaba a estos (en lo internacional por la deditio y en lo religioso por la aquae et ignis interdictio) se entendía que hacía suya la injusticia.

Otra de las penas era el sacer esse. El homo sacer vivía en un estado de proscripción religiosa y civil sujeto a la venganza de la divinidad ultrajada, excluido de la comunidad humana, desposeído de todos sus bienes y pudiendo cualquiera privarle de la vida.

Pero también los dioses protegían a los perseguidos e indefensos, suavizando en muchas ocasiones el rigor de las penas. Había lugares y tiempos sagrados en

los cuales la persecución y castigos quedaban en suspenso.

Por otra parte, el derecho privado y el procedimiento civil fueron más reacios a la influencia de la religión.

En la familia y el hogar la religión ejerció gran influjo.

En el matrimonio, los ritos, que después no fueron más que costumbre, primero fueron derecho. En el matrimonio por confarreatio, la unión se sellaba por un sacrificio solemne en presencia del pontifex maximus y el flamen dialis (sacerdote de Júpiter). La renuncia a la familia propia y el ingreso en otra (arrogatio) exigía la cooperación del colegio de los pontífices; a la celebración del testamento (in comitiis calatis) era convocado el colegio, a fin de proteger los intereses religiosos.

El cómputo del tiempo y la formación del calendario, encomendada a los pontífices, tuvo gran influencia en el Derecho privado y en el procedimiento civil —como antes apuntamos.

Digamos finalmente que la antigüedad romana tuvo tres autoridades sagradas: los colegios de los augures, de los pontífices y de los feciales. Los magistrados civiles conservaron siempre las funciones religiosas indispensables para el ejercicio de sus cargos, como los auspicios y sacrificios, pero las dudas, controversias y transgresiones eran de la competencia de los sacerdotes. La realidad es que los consejos de éstos cobraron pronto autoridad de sentencias jurídicas.

En nuestro planteamiento de la influencia religiosa en el Derecho romano, — el colegio, entre los tres citados, que tiene mayor interés, es el de los pontífices por su acción y facultades en la vida jurídica. ”

La influencia de lo militar sobre el Estado y el Derecho romanos no ofrece ninguna duda. Bástenos este texto de Ihering (4) para dar testimonio de ello: - "La antigua Roma era un campamento permanente, donde reinaba el orden y la severidad de los ejércitos, y así su constitución política se convirtió muy pronto - en constitución militar. Su influencia se manifiesta por múltiples rasgos en su derecho. El interés militar dotó al Estado de una idea hasta entonces desconocida: la de supremacía y subordinación. Como hemos dicho el orden del ejército y el orden de la familia —la unión política de las razas— se fundieron en una - unidad política y militar, la constitución antigua de Roma".

La división en unidades militares del pueblo, la sola concurrencia a las -- asambleas populares de los que pueden tomar las armas --populus viene de pulus, joven, masa de jóvenes--, el sentido preferentemente militar de la realza, son entre otros, testimonios de lo que la organización y disciplina militar suponía para el pueblo romano.

Hegel (5) llamó la atención sobre la influencia de lo militar en el Derecho romano reflejada en su formalismo, en el orden y la disciplina de los actos jurídicos, en el rigor de la uniformidad y del castigo irremisible.

Los preceptos morales tienen gran influencia en la configuración del Derecho romano. Los mores o mores maiorum --escribe el profesor Iglesias (6)-- dan vida al primitivo ordenamiento, que la interpretatio jurisprudencial desenvuelve y adapta a las nuevas exigencias.

Otro problema es el de la distinción entre los mores y la consuetudo.

La tradición moral, a sensu contrario de la influencia religiosa, cada vez influye más en el derecho.

Así como el grado de indiferenciación de fas y ius --puntualiza Arias Ramos- (7)-- norma religiosa y norma jurídica, se acentúa cuando nos remontamos a épocas arcaicas del Derecho romano, y a medida que avanza la evolución de éste se perfila con líneas precisas su esfera propia, distinta de la religiosa, respecto a la Moral pudiera hablarse más bien de una marcha en sentido inverso. El Derecho nuevo aparece más influido por consideraciones morales que el viejo Derecho-civil, y la jurisprudencia romana, aún diferenciando la norma ética de la jurídica, señala entre las mismas una zona de coincidencia --reflejada ya en período republicano en la atribución de la vigilancia sobre las costumbres a un magistrado: el censor--, en el sentido de que determinadas actitudes y conducta eran exigidas a la vez por la Etica y por el Derecho. Si bien la valoración de tales actos humanos era diversa. Sin embargo, la idea de que la licitud, esfera jurídica, comprende situaciones no enfocadas con el criterio de lo honestum y viceversa, no solo aparece en razonamientos y decisiones frente a los casos concretos estudiados por los jurisconsultos, sino que es formulada claramente por Paulo al afirmar que no todo lo lícito, o valorado con criterio jurídico, es honesto, es decir, objeto de valoración con un criterio ético: non omne quod licet honestum est.

Finalmente los condicionamientos socio-económicos se reflejan de continuo, --cómo no, en la vida del Derecho romano.

Antes de remitirnos a una breve síntesis de los mismos, presentemos, al respecto, la importante y necesaria obra de M. Rostovtzeff (8): "Historia Social y Económica del Imperio Romano".

Atengámonos a las palabras prologales de su traductor (9): "En la historiografía de la Antigüedad venía perdurando una sensible laguna originada por la --

»

falta de un estudio especialmente consagrado al Imperio Romano en su total conjunto. A la erudita colección del material correspondiente a esta época de la historia de Roma, reunida por Tillemont ya en el siglo XVII y utilizada por Gibbon en el XVIII, sólo estudios fragmentarios o insatisfactorios han seguido, pues Niebuhr no llegó a sentirse atraído por la época imperial y Mommsen dejó interrumpida su magna "Historia romana" precisamente en los umbrales del Imperio. De este modo la obra de Rostovtzeff es la primera tentativa —insuperablemente lograda— de diseñar la evolución social y económica del Imperio Romano en su conjunto, relacionándola con la historia de su constitución y su administración y con la política interior y exterior de los emperadores.

En esta labor muestra Rostovtzeff un asombroso conocimiento, tan amplio y minucioso como personalísimo y directo, de las fuentes literarias, arqueológicas, epigráficas, papirológicas y numismáticas, y un pleno dominio de la bibliografía moderna".

La República había estado dominada por la oposición entre patricios y plebeyos. Los primeros, protegidos por el Estado que controlaban, se diferenciaban en senadores y equites, monopolizadores respectivamente de la riqueza agraria y de los negocios.

El fin de la República sobrevino por la alianza de los plebeyos —burgueses y proletarios— contra los patricios. Así, el Imperio inaugurado por Augusto —(época del Principado) fué la expresión de la victoria de las clases media e inferior apoyadas por el ejército. De ella se aprovecharon en especial las clases medias, hasta lograr de los sucesores de Augusto la conversión de la burguesía en la columna vertebral del Imperio. El fomento de la vida urbana en tiempo de los Claudios y de los Flavios (siglo I) encaja exactamente con este proceso. Y su culminación llevó a la monarquía liberal instaurada por los Antoninos.

Pero esta burguesía dependía del trabajo de las clases inferiores --campesinos y proletarios urbanos-- antiguas aliadas suyas, que ahora eran objeto de su explotación. El antiguo antagonismo entre patricios y plebeyos se convirtió en la oposición entre honestiores (burgueses) y humiliores (masas), polarizada cada vez más en torno al binomio ciudad-campo.

La intervención del poder público y del ejército a favor de los humiliores condujo a la guerra civil social, a mediados del siglo III. Su resultado fué la aniquilación de la burguesía y de las clases superiores de la sociedad en beneficio de los militares, de los burócratas y de los campesinos. A esta última --etapa de la evolución social de Roma (Dominado) corresponde una nueva fórmula política: el despotismo de los emperadores.

A las variantes observadas en la estructura social corresponden otros tantos vaivenes en el monopolio de la riqueza. Así, el paso de la República al --Principado implicó la sustitución del capitalismo feudal, desarrollado por los grandes terratenientes republicanos, por el capitalismo urbano, de origen helénistico, basado en el comercio, la industria y la agricultura metódica, que se introdujo al socaire del desmoronamiento de las inmensas fortunas de la aristocracia. El desarrollo de esa modalidad del capitalismo coincide con la urbanización del Imperio.

Más tarde, el fenómeno de la conversión del burgués emprendedor en rentista, es decir la inmovilización de la riqueza mediante la compra de bienes raíces, en detrimento de la industria, del comercio y aún de la agricultura, reportó un anquilosamiento de la vida económica y, en definitiva, la degeneración --del capitalismo urbano y de la clase burguesa que lo había sostenido.

En la última etapa del Imperio el colapso del capitalismo urbano, coinciden



te con el aumento incesante de las necesidades del Estado deterioró la vida económica. La intervención estatal en la organización del comercio y la industria, la terrible presión del Fisco sobre las clases medias urbanas, enrarecieron la circulación monetaria, debilitaron el espíritu de empresa y retrotrajeron la economía al primitivo nivel agrícola: grandes extensiones de terreno (latifundios) fueron cultivadas por campesinos adscritos a la gleba (colonos, siervos). Así se presenta la última fase de la evolución de la riqueza en Roma: el capitalismo estatal, gravitando sobre las clases bajas, convertidas en únicas productoras.

Sin dimitir de esta síntesis económica-social (10), que acaso sacrifique algo la realidad en aras de la claridad, tenemos que ofrecer a continuación estas honestas palabras del profesor Iglesias en su "Espíritu del Derecho romano" (11) que suponen una pertinente puntualización: "Explicar la forma en que unos y otros factores —políticos, económicos, religiosos, culturales, jurídicos— actúan en el área social, que es la suya propia, no resulta tarea fácil. Tanto menos si, con relación a Roma —y tal es nuestro caso—, recurrimos a fórmulas expeditivas o recetas facilonas. Como ésta, por ejemplo: "Roma es una minoría que vive a expensas de una mayoría de esclavos".

Tropezamos con serias dificultades para abrirnos luz entre la espesa niebla. Porque, ¿hasta qué punto son valederas nuestras etiquetas actuales? ¿Pueden tales etiquetas explicarnos lo social-romano en su momento?

Pues no es lo mismo hablar de "clase" que hablar de ordo, ni hablar de "plebe" (plebs) que hablar de "masa". Ni resulta fácil, por lo demás, y por ejemplo, reconocer la existencia, en el seno de la aristocracia senatorial, de "partidos".

"No hay en Roma algo equivalente a una "clase media". Ni podemos transportar a ella todo eso que nombramos con los términos "capitalismo", "burguesía" e "imperialismo".

N o t a s

- (1) Fórmula que nos ha llegado.
- (2) R. von Ihering "El Espíritu del Derecho romano", Ed. Rev. Occidente.
- (3) ob. cit. 110.
- (4) ob. cit. 104.
- (5) ob. cit. 109.
- (6) J. Iglesias, Derecho Romano, 42.
- (7) J. Arias Ramos, J. A. Arias Bonet, Derecho Romano, 32.
- (8) M. Postvtzeff, Historia Social y Económica del Imperio Roma, Ed. Espasa Calpe.
- (9) ob. cit. 7. Luis López-Ballesteros, traductor y prologuista.
- (10) J. Vicens Vives, Historia Económica de España, 59-60.
- (11) J. Iglesias, Espíritu del Derecho Romano (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), 21-22.

## CAPITULO V

### POSIBLES INFLUENCIAS DE OTROS DERECHOS

La búsqueda de la identidad del Derecho romano, que vamos persiguiendo en esta tesis a través de su complejo entramado, renunciando a fáciles e insuficientes definiciones, nos obliga a estudiar en este capítulo las posibles influencias de otros derechos que experimentó Roma en el suyo.

En este sentido nos ha sido de gran utilidad, entre alguna otra, la documenta de referencia que hizo a este tema de las influencias jurídicas en el Derecho romano el inolvidable maestro de romanistas, Don Ursicino Alvarez Suárez, a cuya memoria rindo el tributo que merece, y de la manera que a él más le gustaría, trayendo a colación sus enseñanzas y agudas observaciones (1).

"En punto a las influencias jurídicas no romanas en el Derecho romano la primera incógnita que hay que despejar es la nacionalidad de los elementos que integran el propio Derecho romano. En segundo lugar hay que analizar las influencias jurídicas, en el Derecho romano, de las grandes culturas de la antigüedad.

La primera desintegración que es preciso realizar proviene de la necesidad de aislar en el complejo que hoy recibe el nombre de Derecho romano, aquellos elementos que estrictamente se derivan de reglas jurídicas de Roma y los que son solo un resultado de influjos ejercidos por pueblos extraños, que jugaron un papel relevante en su historia. La peculiaridad característica de esta reside precisamente en que el poder de la metrópoli fué progresivamente realizando un doble juego de expansión y absorción o asimilación, gracias al cual de le --

hizo asequible lo que hasta entonces no lo había sido para ningún otro pueblo de la antigüedad: la posibilidad de ligar con un lazo perdurable la existencia de las ciudades conquistadas con la de Roma misma. Por esta causa, los influjos recíprocos que se acusan en la vida cultural de todo individuo y de toda nación — destacan en la de Roma con una fuerza incomparable.

En primer término, es evidente que la población primitiva romana fué el resultado de una fusión de razas diversas, aún cuando la historia no haya podido — llegar a precisar concretamente cuales y en qué medida intervinieron. El problema es hasta ahora insoluble. Las numerosas investigaciones llevadas a cabo con el auxilio de la Lingüística comparada y la Arqueología, han destacado la coexistencia en Italia de pueblos ligures, celtas, úmbricos, etruscos, latinos, sabinos, oscas y volscos. La relación y grado de parentesco que guarden entre sí y el entronque que puedan tener con una raza genérica indo-europea, o indo-germánica, es un semillero de vacilaciones. Faltan testimonios históricos ciertos, y el hecho de la fundación de Roma va amasado con leyendas y tradiciones que a medida que van siendo destruidas por la crítica científica van oscureciendo progresivamente la historia de estos primeros tiempos. No es posible determinar como surgió Roma dentro de los ámbitos del Lacio, ni si realmente su nacimiento es el resultado de una integración ("sinecismo"), como el que dió nacimiento a Atenas, — de las tres famosas tribus de los Amnes, Ítios y Luceres (2) o de la fusión de pegi y vici hasta llegar a formar la ciudad fortificada (3), o de la ciudad del monte y la de la colina. En todo caso, el mismo origen comercial que se le atribuye revela que su formación inicial mostraba ya un conglomerado de factores raciales. Sus manifestaciones jurídicas debieron ser, pues, desde el principio, el resultado de la fusión de estos factores, tanto más posible y necesaria cuanto — que en estos primeros estadios el Derecho se muestra casi de un modo exclusivo — en forma consuetudinaria.

Con solo estas observaciones se comprende cuán difícil puede ser aislar en una época ya histórica los distintos elementos jurídicos de ese conglomerado.- El problema se agudiza si se intenta diferenciar el Derecho estrictamente romano y el Derecho civil del Lacio. El origen predominantemente latino que parece tener Roma hace suponer que en un comienzo su Derecho fué fundamentalmente el mismo que el Lacio tuviera, del cual no era sino una parte, que se emancipaba de todos. Los círculos cerrados a que tiende toda ordenación jurídica hizo formar del Derecho romano un compartimento estanco distinto e independiente de todos los demás, aún cuando su contenido coincidiera con sus líneas fundamentales con el de algunos otros pueblos (4). El ansia de preeminencia que distingue el desenvolvimiento político romano, y el aislamiento y oposición que mostraban en sus relaciones los Estados de la antigüedad, agudizó esta independencia y exclusivismo jurídico de tal modo, que se hacía imposible, de hecho, la aplicación del Derecho romano a un ciudadano de pueblo extraño, e igualmente - el reconocimiento de los derechos que este extranjero tuviera con arreglo a la ordenación jurídica de su país, por parte de los jueces romanos (5). Casi sensiblemente como hoy sucede, la fuerza de vigencia de los Derechos se encerraba en los límites territoriales de la soberanía, y se determinaba por la cualidad ciudadana del sujeto. Esto explica el tránsito verificado en las designaciones ius Quiritium, ius civile, ius civile romanorum, ius romanorum. Así situado el problema, apenas es posible fijar puntos concretos de diferenciación entre el Derecho romano y el Derecho de Lacio. A esto se añade una dificultad de tono mayor: en los tiempos históricos en que podemos empezar a dibujar los caracteres del Derecho romano, éste se manifiesta como Derecho predominante ya, que - hace reconocimiento de facultades jurídicas a los pueblos del Lacio, como si - fueran regalos preciosos. Así aparece el llamado ius Latii, que estrictamente no es Derecho civil del Latio, sino Derecho romano reconocido en parte a ciudadanos latinos. Pero lo difícil es justamente determinar cual era este ius civi

le latinorum (6), frente al romanorum, y de qué modo hubo de realizarse la evolución hasta que se llegó a entender bajo la designación de ius Latii un estado inferior de la ciudadanía romana, otorgado por concesión graciosa. No queda — otra señal de la diferenciación de esos dos órdenes jurídicos sino el proceso — que siguió la fusión entre ambas. Las frecuentes confederaciones de los pueblos del Lacio con Roma permitieron a esta el reconocimiento progresivo de derechos a los habitantes de aquél; parece desde luego comprobado que debió otorgárseles el commercium (Ulpianus, sent. 19, 4: Mancipatio locum habet inter cives Romanos et latinos coloniarios latinosque Junianos eosque peregrinos quibus commercium datum est), el connubium, al menos a los latini prisci (Ulpianus, 5, 4; — Gaius, 2, 56) y la reciperatio (Festus, 274). La realidad de esta concesión — hace suponer que desde el primer momento los latinos poseyeron en lo relativo a patrimonio y familia una ordenación jurídica fundamentalmente semejante a la romana. Mitteis ha intentado esbozar las líneas salientes de este parentesco (7), sin ocultar las dificultades que el problema entraña. Las analogías se manifiestan en la posible semejanza del poder paterno (Liv., 41, 8), a pesar del texto de Gaius (I, 55) y en las formalidades del matrimonio (Gellius, 4, 3, I), a pesar, también, de que Gaius considera la manus como específicamente romana (I, — 108). Las leyes de Málaga y Salpensa pudieron proporcionar una fuente magnífica en el estudio de estas relaciones, si fuera posible demostrar que el Derecho — que contienen es puramente latino, y no, como parece más probable, Derecho romano aplicado en parte a dichas provincias, a las que Vespasiano dotó de la condición de colonias latinas. El problema es, por otra parte, extraordinariamente — controvertido, y exigiría un estudio especial (8). Si la primera hipótesis fuera cierta, las citadas leyes nos proporcionan noticia de institutos como la — mancipatio, la tutela, la manus, la fiducia, de analogía con los respectivos romanos (V. Bruns: Fontes; Girard: Textes). La cuestión se hace más compleja a medida que las relaciones entre Lacio y Roma son más íntimas y más frecuentes las

concesiones por ambas partes. Desde la liga Casiana (493 a. C.) se reconocen mutuamente los derechos de connubium, commercium y reciperatio (9). En el año 338 a. C., rota la liga, se concede, sin embargo, a algunas ciudades latinas la consideración de civitates romanae sine suffragio. Por otra parte, ya no eran solo los latinos los que participaban del ius Latii, sino que los ciudadanos romanos que se distanciaban de Roma para formar una colonia en el Lacio, pasaban a tener la condición de latini deducti. Y así, de ser un término equiparable a extranjero, y que entraba dentro de la categoría genérica peregrini, el "latino" pasó a significar una posición jurídica especial dentro del Derecho romano, y en la que se encajó a sujetos que no habían nacido en el Lacio. Así, dice la lex Junia Norbana (año 19 d. C., reconstituida por Voigt, sobre Gaius, 3, 56):- "qui voluntate domini in libertate fuerit, perinde libert sit, atque si esset - civis Romanus ingenuus, qui ex urbi Roma in Latinam coloniam deductus Latinus - coloniarius esse coepit". El estudio que hace Gaius en el libro I de sus Instituciones, tanto en los párrafos relativos a manumisiones como en los referentes al derecho de familia, ponen de manifiesto esta asimilación igualmente (10).

El supuesto que late bajo la evolución señalada en las anteriores líneas es sencillamente, que frente al ius civile romanorum subsistieron durante algún tiempo, con independencia propia, los ius civilia de las demás ciudades de Italia, y muy especialmente el ius civile latinorum. Sus rasgos característicos frente al Derecho romano solo pueden señalarse hipotéticamente. Se indican a este respecto algunas divergencias relativas a la optio tutoris, consentimiento del tutor para el matrimonio de la pupila y acción de injurias (11). Parece así mismo que la idea de la estipulación se dibujó en Roma por influjo específico del Derecho latino (12). Pero progresivamente este Derecho se fué fundiendo con el de Roma hasta llegar a hacerse imposible una precisa diferenciación.

Problemas semejantes ofrece la relación del Derecho romano con el Derecho -



umbro-sammita. La leyenda ha transmitido con el rapto de las sabinas un argumento a favor de los influjos de este Derecho en el matrimonial romano, manteniéndose por Devoto la tesis, no comprobada, de que los osco-~~umbricos~~ ofrecen una unidad lingüística y un régimen jurídico autónomo.

Pero tan dudoso es este como la calificación que puede merecer el Derecho — contenido en la ley Osca de Bantia, que presenta el mismo problema a este respecto que las ciudades de Málaga y Salpensa para el Derecho latino. En dicha ley se encuentran instituciones de tipo semejante al romano: intercesión, que parece supeditarse a una autorización del Senado; competencia de los comitia, especialmente en materia criminal, el concepto de dolo malo y la designación del patrimonio como familia pecuniaque; la magistratura censoria, el modo de actuar la manus injectio, etc (13). Por una inscripción que recoge Mitteis (ob., pág. 9, n. 17), parece que conocieron también el testamento en forma semejante a la romana. No es posible, sin embargo, determinar en qué medida ha podido desenvolverse el influjo de este Derecho en el de Roma.

Todavía están más dentro del terreno de las hipótesis las sugerencias que brotaron a propósito del estudio lingüístico de Walde, que intentaba descubrir relaciones y analogías entre el latín y el grupo de las lenguas célticas. De ser verdad tal supuesto, no podía construirse el Derecho romano exclusivamente a base de los parentescos que hoy se conocen, sino que obligaría a ampliar el ángulo crítico con la investigación de las relaciones que pudieran unirle, especialmente con el Derecho céltico (14). El problema se había apuntado, no obstante, ya en Schmidt (15) y tuvo un cultivador de empuje en el nombre de D'Arbois de Jubainville (16).

El material papirológico y la escritura cuneiforme han enfrentado a Roma — con una serie de núcleos culturales de la antigüedad remota, cuyas relaciones —

con la cultura y el Derecho romano permanecen aún en el terreno de la hipótesis. Entroncado el problema con el de los grandes grupos culturales, no solo exige una investigación de las posibilidades filológicas y raciales del tronco indogermánico (17), sino de aquellos otros núcleos particulares como el iránico (18), que destaca el cultivo del Derecho persa (19), y aún atendiendo a la sugerencia de Levy, la esfera que supone el Derecho indio (20). De aquí surgen asimismo, sugerencias para destacar el Derecho sasánida, de la restauración persa (21), y el sudarábigo y musulmán (22). Tales Derechos, unidos a los que se hará referencia más adelante, presentan especialmente el interés de haberse relacionado en mayor o menor medida con la cultura helénica, y haber acaso participado de este modo indirecto y en una proporción aún no precisada, en el Desarrollo del Derecho romano.

Pero el pueblo que representa probablemente el eslabón más firme que une el Derecho romano con el Oriente es el etrusco; con él se empieza además a plantear el problema genérico del helenismo en sus relaciones con Roma. Aún cuando no ha sido posible todavía poner en claro lo relativo a la calificación exacta de esta raíz etnológica (23), parece, desde luego, probable el influjo que en ella ejerciera la inmigración griega que sufrió Italia en sus primeros tiempos. Tal se muestra en la institución de un Jefe de la República con carácter anual (24). De este modo puede verse en el Derecho etrusco un intermedio de interés en la recepción por el Derecho romano de influjos griegos y orientales especialmente en el Derecho público. Tal es la posición de Wenger a este respecto (25). La influencia se manifiesta en el nombre etrusco de "Roma" y en el que portan algunas de las familias aristocráticas de romanas (26). Asimismo se habla de una dominación etrusca en la época monárquica de la Historia de Roma (27). La influencia en el Derecho privado romano debió, sin embargo, ser escasa (28), porque, aparte de estos posibles contactos iniciales, las

relaciones posteriores entre ambos pueblos fueron casi siempre de enemistad y - alejamiento.

A pesar de ello, algunos autores han pretendido puntualizar los influjos — que suponen ejerció en el Derecho privado romano. Así, Casati, sin aducir prueba alguna, pretende hallar en algunas instituciones del Derecho quiritario romano rasgos que acusan origen etrusco. Nicolau, basándose en un monumento sepulcral etrusco, estima que en su Derecho existía ya la institución de la causa liberalis y que de él pasó al Derecho romano y Latte dice que los etruscos sirvieron de intermediarios en el influjo griego que se supone sufrieron las XII Tablas (29).

Acaso la manifestación más fundamental que ofrece el estudio de estas influencias sufridas por el Derecho romano se muestra en las relaciones que le ligan con el Derecho (30) y la cultura griega. La cuestión plantea uno de los aspectos de ese fenómeno maravilloso cultural que llena la alta Edad Antigua y — que recibe el nombre de helenismo o helenización (31). La expansión cultural — griega se une al espíritu colonizador que muestra Grecia de Oriente a Occidente. En la primera dirección origina tres zonas fundamentales de influencia: — Asia menor, Siria y Egipto (32). En Occidente, la inmigración griega se deja notar en el Sur de Italia (Neápolis, Elea, Brindisium, Sibaris, Tarento, Cumas), — y Sicilia (Mesana, Agrigantum, Gela, Siracusa); en el Sudeste de Francia (Massilia, Nicea, Antenópolis, Obbia); en el Nordeste (Rozas, Ampurias) y Sudeste (Sagunto, Dianium, Alo, Lacon, Menace) de España. Toda esta parte del mundo, a la — que Alejandro dota de más estrechos vínculos y que luego había de dominar Roma, recibió en mayor o menor medida el Derecho griego; y cuando, después de la fugaz invasión de Pirro en Italia (que acaba en 276 antes de C.), la República romana va progresivamente anexionando Grecia, Macedonia, Siria y Egipto, el contacto entre los dos Derechos (romano y griego, puro o provincial) se establece

de un modo patente. El proceso de la *conmixtion* se perfecciona con el fenómeno inverso de la recepción del Derecho romano por todas estas provincias, antes y sobre todo después de la constitución de Caracalla (33). Así se establece una corriente mutua que completa en el campo jurídico la influencia griega que muestra Roma en el terreno cultural. Esta veta de Derecho griego que se injerta en el romano está naturalmente lejos de mostrarse pura; viene con ella mezclado el Derecho oriental u occidental que hubo de fusionarse con ella en las provincias. Una muestra de todo este conglomerado de elementos jurídico lo ofrece el Código siro-romano, precisamente estudiado por Mitteis bajo este aspecto (34).

La incorporación de este elemento griego a la vida cultural y jurídica romana es de tal entidad, que hasta puede decirse que Roma constituyó el vehículo más valioso a través del cual se expandió la cultura helénica (35). Pero la importancia de esta fusión no puede, a nuestro juicio, llevarse al extremo de — creer posible la construcción de un tronco genérico de Derecho grecoitalico. La analogía entre ambos órdenes jurídicos es, sin embargo, tal, que esta construcción ha sido ya intentada por Wenger (Recht der Griechen und Römer, 1914, Kultur der Gegenwart) (36). Pero lleva en sí misma la imprecisión que supondría — construir un Derecho romano-español o romano-franco, a saber: destacar del todo complejo que es cualquier unidad jurídica, el valor de uno de sus elementos integrantes, con perjuicio de los demás.

En el proceso que venimos intentando dibujar, respecto de los elementos que han entrado a integrar el Derecho romano y que no pertenecen a su propia nacionalidad, ofrece un particular interés el estudio de los Derechos orientales. Y ello no porque en tiempos más antiguos no se hubiera planteado ya este problema, en mayor o menor medida, sino porque en la actualidad la riqueza de los hallazgos de fuentes históricas de toda clase y el desarrollo del estudio de la Papirología y de la escritura cuneiforme ha atraído a tal punto la investiga—

ción hacia estos nuevos horizontes, que con razón ha podido atribuirse a esta - desviación una importancia fundamental en la crisis del Derecho romano (Koschaker).

Volterra (op. cit. pags. 1 y ss) dedica la atención, en efecto, a los precedentes que en la literatura jurídica pueden hallarse, desde el siglo XVI, respecto de los estudios que, saliendo de la órbita del propio Derecho romano, buscan su conexión con otros regímenes jurídicos de pueblos orientales, y se piensa en la influencia que sobre aquel pudieron ejercer, ya directamente, ya a través de la cultura griega. El descubrimiento del Código siro-romano (realizado por Land en 1862 y publicado su manuscrito londinense bajo el título Anecdota Syriaca collegit explicavit, P. V. Land, 1862, 1875; v. hoy Baviera-Furlani: Fontes iuris romani antejustiniani, 1940, pag. 753), y el realizado, algún tiempo después, del Código de Hammurabi (en 1901, por la expedición Morgan, en la acrópolis de Susa), tuvieron la virtud de estimular la atención de los estudiosos, que, frente al primero, hallaron una muestra de la expansión del Derecho romano en las provincias del Imperio, con una posible influencia recíproca entre los ordenamientos jurídicos de éstas y la metropoli, y en el segundo se encontraron ante una magnífica obra legislativa, alrededor de mil doscientos años más antigua que las XII Tablas (probablemente de 1955 a 1905 a. C), que les llevó insensiblemente a ocuparse de las posibles influencias que pudo haber ejercido sobre la legislación mosaica y la obra decenviral romana (así, por ejemplo, Müller: Die Gesetze Hammurabis und ihr Verhältnis zur mosaischen Gesetzgebung, sowie zu den XII Tafeln, 1903). Las fuentes halladas han conducido incluso a hipótesis sorprendentes, así la de Forrer, que despertó viva controversia, respecto a la existencia de un gran Imperio griego, hacia el siglo XIV antes de Cristo, basándose en el hallazgo de nombres griegos en documentos hititas cuneiformes, y que, de ser cierta, plantearía un nuevo problema sobre posi-

bles relaciones entre el Derecho hitita y el griego. Todavía el hallazgo de documentos sumerios, aún más antiguos que el Código de Hammurabi (hacia el 2285-2242 a. C.) han remitido al historiador del Derecho a nuevos campos de investigación.

En cuanto a las relaciones del Derecho romano con el Derecho judío, diremos que han sido exageradamente invocadas por Carusi, en sus diversos escritos, considerándole dotado, no solo de una función complementaria respecto al Derecho babilónico, sino digno de ser "el primero y más importante de los elementos de investigación que entendemos han de ser añadidos a la atención de los romanistas...". No obstante, no es posible afirmar la existencia indudable de los influjos pretendidos, y más bien las características y autonomía del Derecho judío hablan en contra de ellos (por ejemplo, ausencia de la adopción).

El influjo del Cristianismo en el Derecho romano acusa su influencia en el régimen familiar (divorcio, segundas nupcias, concubinato, relaciones entre cónyuges y entre padres e hijos), en la consideración jurídica de las personas (dulcificación de la esclavitud, de los formalismos, de las manumisiones), en la atenuación del rigorismo en el Derecho de obligaciones, tasa de interés, desarrollo del Derecho sucesorio y creación de las fundaciones. No obstante, de rechazo, desde su reconocimiento oficial como única religión de Estado, la exaltación religiosa reaccionó contra el mundo pagano y vino a crear, de hecho, una incapacidad jurídica para los no católicos, que se manifestaba en la contratación, disposición de bienes, adquisición de herencias y donaciones y acceso a cargos públicos. El influjo que ejerció en el Derecho romano, aún apreciable ya desde la época constantiniana, se acusa, sobre todo en la justinianea: los principios cristianos inspiran muchas disposiciones del Código y Novelas, siendo causa de numerosas interpolaciones en el Digesto.

En un estudio de los elementos extraños que hayan podido influir en el Derecho romano, acaso debieron hacerse también una referencia al Derecho germánico. En Occidente, aún antes de la caída del Imperio romano, se dejaron sentir influjos germánicos muy apreciables. Y ello, no tan solo en la política, por ejemplo, con Estilicon, y en la organización del Ejército romano, que se nutrió de tal modo de soldados bárbaros, que en muchos casos integraban de modo exclusivo las guarniciones de las provincias, sino que el propio régimen jurídico de los romanos comenzó a verse influido por el Derecho de los invasores. Una prueba de ello la tenemos, algún tiempo después, en el hecho de que el Breviarium Alaricianum, que desempeñó en Occidente un papel casi semejante al de las compilaciones justinianas en Oriente, aún nutriéndose exclusivamente de fuentes romanas, y aún publicado para que se aplicara a los hispano-romanos dió entrada en su seno a algunas instituciones típicamente germánicas, como el fredum y la dote germana (v. Vinogradoff l. C. pag. 17). El carácter práctico que distingue a la compilación permite asegurar que en la vida ordinaria existiría, pues, un influjo del Derecho germánico en el romano. No hay, en cambio, indicio seguro de que esta influencia se dejara sentir también en el Imperio oriental".

N o t a s

- (1) U. Alvarez Suárez, Horizonte actual del Derecho romano, 132 ss.
- (2) Mommsen: Röm. Geschichte, Abgekürzte Ausgabe, 1933, tomo I, 33.
- (3) De Francisci: Storia del Diritto romano, I, 1931, 92.
- (4) De que modo se opone este Derecho de Roma al de los demás pueblos, puede apreciarse en numerosos pasajes de las fuentes: sirva de ejemplo Gaius, 3, 96.
- (5) Los fundamentos teóricos de esta exclusión pueden verse en Voigt: Das jus civile und jus gentium der Römer, volumen II de la obra - Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer, 1958, 22 ss.
- (6) El sentido en que los latinos están tomados en el texto, coincide con el fragmento de Gaius: I, 79: "ad alios latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum número".
- (7) Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I, 1908, 4-7, - Voigt, ob. cit., 703 ss.
- (8) La controversia parte de Mommsen: Ges. Schrift, I, 267 ss., a quien se opone Lenormant y Lecrivain en el Diccionario Daremberg-Sagrlio: Arts, Coloniae y Latinus.
- (9) Rosenberg: Zur Geschichte des Latinerbundes, Hermes, 44, 113 ss. - Véase Voigt, ob. cit. 134 ss.
- (10) Expresamente, entre otros párrafos, en I, 22: "...latin ideo, quia - adsimulati sunt Latinis coloniaris..."
- (11) Mitteis, ob. cit., 7 y 8.
- (12) Voigt, ob. cit., t. III, 34 y 35.
- (13) Mitteis, ob. cit., 9. Girard: Textes, 27. Bruns: Fontes, 48.
- (14) Walde: Ueber Älteste sprachliche Beziehungen zwischen kelten und - Italiker, Innsbruck, 1917.



- (15) Schmidt: Die Verwandschaftsverhältnisse der indogerm. Sprachen, 1872.
- (16) D'Arbois: Etudes sur le Droit celtique, I, 1895. Collinet: Droit celtique et Droit romain. Rev. celtique, XVII (1895), 321-336.
- (17) Brugmann: Grundriss der vergleichenden Grammatik der indogermanischen Sprachen, 2<sup>a</sup> ed., 1930.
- (18) Véase Otto, ob. cit. 51.
- (19) Véase Wenger: Hentiger Stand, 45.
- (20) Levy (E): Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten; in Gedächtnisschrift für E. Seckel, 1927, 145-152.
- (21) Kornemann: Die Stellung der Frau in der Vorgriechischen Mittelmeerkultur (Orient. und. Antike, 4 Heft, 1927).
- (22) Sobre la cultura sudarábica, son fundamentales los trabajos de Rhodokanakis, que cita Wenger en ob. cit., 49.
- (23) Sobre los Etruscos, v Otto, 139.
- (24) v. Rosenberg: Historia de la República romana. Ed. Rev. Occid., 18 ss.
- (25) Römisches Recht und Rechtsvergleichung. Arch. f. Rechts und Wirtsch. philos. 14 (1920-21), 52 ss.
- (26) Véase obra de Schulze: Zur Geschichte lateinischer Eigennamen, Berlin 1933.
- (27) v. De Francisci: L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del Diritto romano, Arch. Giur, 1925, 157 ss. en especial 161. Stori, I, 144.
- (28) En este sentido se expresa Voigt, ob. cit., 586, volumen II.
- (29) Casati Ius antiquum avec une introduction sur les elements du Droit étrusque. Lette: L'ambasciata dei Romani per le XII Tavole.
- (30) Al aludir a un Derecho griego, no se desconoce el problema que supone la posibilidad de una contrucción totalizadora de los distintos Derechos helénicos.

- (31) La bibliografía es numerosa.
- (32) El estudio detallado de este influjo en el aspecto jurídico se encuentra en la obra de Mitteis: *Reichsrecht und Volksrecht in dem östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, 1895, y *Röm. Privr.*, 12, 17, 18.
- (33) Hahn: *Rom und der Romanismus im griechisch-romischen Osten, bis auf die Zeit Hadrians*, 1906. Sobre la Constitución Antoniniana, y el Papiro Giesen, 40, I, que suministró un texto de ella, v. después, 367, donde se aborda también sucintamente el problema de su interpretación.
- (34) v. Wenger: *Römisches Recht und Rechtsvergleichung Arch. f. Recht. u. — Wirtschph.*, 14. 29. 121. 124. 130. v. Otto, ob. cit., 122.
- (35) Otto, ob. cit. 119 ss.
- (36) La exageración de este punto de vista se manifiesta, no solo en los trabajos de Leist, que intenta partir de un tronco indo-greco-italico, sino en la corriente moderna, que propugna el estudio de un Derecho universal del mundo antiguo.

## CAPITULO VI

### DISTINCIONES EN LA TOTALIDAD JURIDICA DE ROMA: IUS CIVILE, IUS GENTIUM, IUS NATURALE, IUS HONORARIUM, IUS NOVUM

En el proceso evolutivo del Derecho romano advertimos sobre todo una pluralidad de destinatarios más que una diversidad conceptual.

El pueblo romano como el resto de los pueblos de la antigüedad dio sus normas morales y jurídicas con miras a los componentes de su comunidad, distinguiendo en principio entre el propio ciudadano y el extranjero.

Se diría que el Derecho romano fué cuajado al conjuro de dos tensiones estimulantes: las relaciones con extranjeros dentro y fuera del "pomerium" romano y las nuevas exigencias de la vida, lo que llamaría Ortega "la altura del tiempo". La primera tiene que ver con el ius civile y el ius gentium, la segunda en lo — que tiene de exigencia contingente y oportuna con el llamado "ius honorarium", — que es discutible como auténtico ius, aunque se le suele aplicar ese nombre.

Por el contrario ius civile y ius gentium terminan siendo fases del Derecho civil romano y haciendo frente a la evolución no circunstancial del Derecho si — bien en sus comienzos convivieron para dar solución a la relación mixta de ciudadanos y extranjeros y de extranjeros entre si "in solo romano".

Firme el "ius civile", en su esencia moral, —escribe el Profesor Iglesias a — este respecto (1)— todavía puede aumentar de ser. Puede engrandecerse y remozarse a un tiempo, sin dejar, por ello, de ser siempre el mismo, sin que se opere —

en él una transmutación de su consistencia íntima. Sin que haya lugar, si se quiere, a una especie de metarritmis.

Lo meollar o modular, lo espiritualmente definitorio del ser del Derecho, — permanece, por más que se atempere a las nuevas demandas de la vida, con toda — su larga y variada casuística. El ius civile sigue siendo tal cuando desemboca — en la ancha corriente del ius gentium. Este es cuerpo de aquel. Cuerpo de un — cuerpo remozado y vigoroso, con lo que significa la liberación del formalismo y de la condicionalidad nacional, con lo que representa la incorporación de principios o normas de derechos foráneos, que son injertadas en el viejo tronco por operación harto más fina y sutil que la del simple trasplante. Un sello de romanidad — y no meramente técnico — timbra lo recibido, y mostrenco o no.

El ius honorarium no es propiamente tal; quiero decir que no es, propiamente hablando, ius. Ciertamente que, en la práctica, el ius honorarium colma lagunas y corrige iniquitates, pero la civitas no considera las decisiones magistraturales como parte o elemento del propio ordenamiento (2). No es ius lo que no es — ius civile.

El llamado ius honorarium es otra cosa. Ajena a la esencialidad — a la ratio — del ius civile, es su campo el de la providencia, el de la orden magistratural.

Lo meollar y permanente en marcha y lo contingente y oportuno. Por lo primero se define el ius civile; por lo segundo, el ius honorarium.

El ius civile es ley. El ius honorarium es simple explicación de un imperium.

En un principio el ius civile hay que considerarle como el derecho privati-

vo de los ciudadanos romanos, nada nuevo en el mundo antiguo, donde regía el -- principio de la personalidad de las leyes.

El ius gentium nace de la necesidad de regular las relaciones negociales de romanos con extranjeros y de estos entre sí dentro del ámbito romano.

En un terreno más teórico son admisibles las definiciones que da Gayo al co mienzo de sus Instituciones (1.1.), ya con la perspectiva del siglo II d. C.: -- "ius civile es el que es propio de cada pueblo" y "ius gentium el que es común a todos los pueblos".

La primera incitación a llevar a cabo una más amplia reforma del Derecho -- privado --dice Arangio Ruiz (3)-- la constituyeron las relaciones entre romanos y extranjeros.

En las XII Tablas se conservan huellas de que en su tiempo existían ya rela ciones de este género. Se generaban, sobre todo, en aquellos casos en que un ro mano hubiese vendido algo a un extranjero. La venta efectuada mediante mancipa- tio generaba la obligación de garantizar al comprador contra cualquier preten- sión de un tercero a la propiedad de la cosa vendida, por cuya razón el vende- dor que había mancipado su cosa debía estar dispuesto a intervenir en el conven- tual litigio que otro promoviese, como defensor, auctor, del comprador. De aquí se deriva el nombre de actio auctoritatis con que se conoció la acción que el - comprador podía ejercitar en caso de haber sido vencido en juicio para obtener, in duplum, el precio que hubiese pagado por la cosa. Pero normalmente, esa obli- gación de prestar la auctoritas se extinguía por el transcurso del mismo plazo- que daba lugar a la adquisición por usucapion, ya que si el comprador se conver- tía en propietario mediante este modo, todos los defectos de su título de adqui- sición nada importaban en lo sucesivo. Cuanto acabamos de decir es cierto, úni-

camente, para las relaciones entre romanos, ya que el extranjero no podía usuca-  
piar; por tanto, frente a él, el ciudadano vendedor debía estar siempre dispues-  
to a prestar la auctoritas: "adversus hostem aeterna auctoritas", como decía a-  
este respecto la ley decenviral. Otro pasaje alude a un status dies cum hosta -  
que podía ser causa del aplazamiento de una litis pendiente entre ciudadanos; de  
esto se deduce que se daban pleitos con extranjeros y que estos suponían una es-  
pecie de acuerdo entre las partes, a fin de comparecer ante el magistrado de una  
o de la otra ciudad en un día determinado.

Es indudable que, en la concepción exclusivista propia de las ciudades anti-  
guas, solo se reconocen derechos a los ciudadanos, pero las investigaciones más-  
recientes han refutado la opinión predominante entre los historiadores, según la  
cual, el estado normal entre ciudades no vinculadas por un tratado, era el de —  
hostilidad. Podía existir también un estado de recíproca amicitia, es decir, de  
buena vecindad entre esos núcleos urbanos, independientemente de toda convención  
expresa y solemne, y en tal caso, el particular podía, mediante el hospitium, —  
entrar en relaciones con ciudadanos de cualquier ciudad extranjera que no estu-  
viese en estado de guerra con la propia. Además, acaecía que, extranjeros parti-  
culares, e incluso ciudades enteras, fuesen admitidas mediante tratado o por —  
tácito reconocimiento de identidad racial, a gozar del ius commercii en Roma.

Sin embargo, las relaciones que se podían establecer entre hombres pertene-  
cientes a distintas ciudades, en gracia a estas derogaciones, no se consideraban  
del mismo modo que las establecidas entre ciudadanos. Los negocios jurídicos, —  
sobre todo, tenían en las distintas ciudades formalidades diversas, por lo cual-  
aquello que sería eficaz según el Derecho de la ciudad de una de las partes, po-  
día no serlo en la patria de la otra. Con el tiempo por razones prácticas de — „

oportunidad, surgieron, paulatinamente, reglas semejantes a las que hoy se anuncian en los principios: locus regit actum y otras similares; pero ello significaba, en definitiva, que el extranjero debía adaptarse al Derecho ajeno, nada fácil de conocer para el profano, en un mundo donde la ley escrita era la excepción.

Las relaciones entre hombres de diferentes ciudades tuvieron siempre en sí algo de fiduciarias, depositando cada una de las partes su confianza en la buena fe de la otra. La intervención del magistrado del uno o del otro país, al preparar la contienda y al guiar a las partes en la elección de la acción oportuna, no se encuadraba entre sus obligaciones jurisdiccionales stricta sensu, sino que era una manifestación de su poder discrecional, del llamado imperium.

Tras de haber llegado así a la preparación del proceso, se elegían de ordinario colegios o tribunales juzgadores compuestos de varios miembros, denominados recuperatores por la función que se les asignaba de restituir a cada uno lo suyo. Este colegio de tres o cinco miembros juzgaba de acuerdo con aquel derecho, al cual era presumible que habían querido someterse las partes.

Un estado de cosas semejante, dependiente de convenios públicos o privados y del poder discrecional del magistrado, pudo soportarse mientras fueron escasas las relaciones entre miembros de distintas ciudades, y, además, se trataba de pueblos vecinos que podían conocer la formas jurídicas peculiares a cada uno de ellos. La situación cambió cuando las relaciones comerciales de los romanos se extendieron a toda la cuenca mediterránea y más tarde a todo el imperio.

Uno de los efectos inmediatos de este vigoroso impulso comercial fué la creación, en el año 242 a. de C., de un nuevo pretor, con jurisdicción sobre las relaciones entre romanos y extranjeros: "praetor qui inter cives et peregrinos".

nos ius dicir", es decir, el praetor peregrinus.

Para distinguirlo del derecho ordenador de las relaciones entre romanos o - ius civile, este nuevo Derecho, nacido de las relaciones con los extranjeros, - se denominó ius gentium.

Ha de acusarse inmediatamente —observa Arangio Ruiz— una dificultad terminológica que, con gran frecuencia, oscurece las ideas de los hombres de ciencia. Esta antítesis entre ius civile y ius gentium, nacida en el terreno histórico, —fué apropiada por la especulación doctrinal, quien no solo la aplicó a cuantas instituciones urgían al calor del comercio internacional, sino aún a aquellas — que se conocían entre los romanos y en cuantos otros pueblos habían llegado a — un cierto grado de civilización. Así, el ius gentium se refería a una naturalis ratio que "apud omnes homines pereeque custodiatur" y se afirmaba, por ejemplo, que la tutela pertenecía al ius gentium, a pesar de que un romano no podía ser tutor de un extranjero, ni viceversa. El uso indebido de esta expresión no ofrece peligro alguno, siempre que no se olvide que al ius gentium, en su sentido — histórico y técnico, solo corresponden aquellas instituciones respecto de las — cuales se afirma la posibilidad de relaciones entre romanos y extranjeros (4).

Prescindiendo, como construcción doctrinal, de la referencia a la razón natural, por no responder a la realidad de las relaciones sociales, los autores han venido estimando que tales reglas fueron sacadas de los más progresivos entre — los pueblos mediterráneos, y principalmente del griego, ya que desde Alejandro — Magno toda la cuenca oriental se había nutrido del pensamiento y práctica jurídica de ese pueblo. Esta deducción, aún cuando aparentemente correcta, no parece — conforme con la realidad; al contrario, cuantas investigaciones se han llevado a cabo en los últimos decenios sobre el Derecho heleno, muestran cada vez más su —



profunda diferencia con el ius civile de los romanos y hasta con el propio ius gentium.

El error fundamental estriba, quizá, en creer que el ius gentium sea, como las palabras parecen indicarlo y los propios romanos lo interpretaron en época avanzada, un Derecho común a los distintos pueblos, reconocido por todos en los mismos términos. Para que así fuese, hubiera sido preciso la celebración de múltiples y complicados tratados internacionales de los cuales no existe rastro alguno (5). Fue sin duda, general la intención de dar eficacia, en los límites de lo posible, a la voluntad de quienes habían contratado mediante los modos fáciles y expeditos que el comercio mismo creaba; pero al apreciar sus consecuencias y efectos, cada ciudad era guiada por su peculiar espíritu jurídico.

Hemos connotado este proceso de formación del ius gentium para llegar a su culminación como derecho civil, es decir, como auténtico Derecho romano.

Las normas del ius gentium, que había surgido para reglamentar las relaciones con los extranjeros y se aplicaron por ello, en un principio, únicamente - por el tribunal del praetor peregrinus, se extendieron bien pronto a las generadas entre romanos, siendo aceptadas por el tribunal del praetor urbanus. Es en este sentido en el que los juristas pudieron decir que, en tanto el derecho civil podía no ser ius gentium, el ius gentium era necesariamente ius civile.

La contraposición ius civile - ius gentium es solo aceptable si al primero se le entiende en el sentido restringido de aquella parte del Derecho ciudadano a la cual no son admitidos los extranjeros, pues de otra manera, y en especial en comparación con el ius honorarium, este ius gentium es una parte del ius civile.

Toda esta gama de relaciones significó un gran progreso para el Derecho romano, porque al lado de los antiguos negocios solemnes en los cuales la voluntad había de expresarse con formas predeterminadas, pudo disponerse, en lo sucesivo, de convenciones libres celebradas mediante los medios de expresión que plugiesen a las partes (y, por ende, también por carta o nuncio), y con los efectos jurídicos que resultasen más adecuados a sus intenciones, según la significación que las palabras escritas u orales tuviesen en el mundo de los negocios. Estos fueron, empleando la terminología propia de la dogmática moderna, - los negocios no solemnes y causales, expresiones de una conciencia jurídica nueva, a la cual, en el transcurso del tiempo, habían de amoldarse todas las relaciones de la vida.

En cuanto al ius naturale en el ámbito del Derecho romano hay que hacer algunas observaciones delimitativas, ya que la palabra "natura" y "naturalidad" - tiene multívocos significados según las épocas.

"Para los romanos, natura es la realidad, que es concreción y no abstracción" (6). Gayo define el ius gentium "quod naturalis ratio inter omnes homines constituit" (7). Hasta la época postclásica no se interpreta la naturalis ratio como lógica natural de orden trascendente.

"En el período justinianeo una precisa visión teológica sitúa el reino ideal de los valores puros, no sujeto a mudanza o variación, sobre el reino natural del ser. El ius naturale, que no se identifica ya con el ius gentium es un Derecho de origen divino: sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent (8). La misma concepción campea en aquel otro texto del Digesto que lo define como lo que semper aequum ac bonum est (9).

El iusnaturalismo surcará el mar de la Historia hasta nuestros días sustentado por una inspiración teológica y una apoyatura nacional, la naturalis ratio, detectada, en gran medida, por el Derecho comparado.

Apuntábamos al principio de este capítulo, el origen del ius honorarium que no es otro que el imperium del magistrado.

Sigamos a Arangio Ruiz en la descripción del proceso formativo del discutiblemente llamado ius honorarium: De mucha mayor importancia, pues transformó ampliamente la aplicación práctica del Derecho privado, fué aquel proceso histórico que creó, al lado del Derecho civil (considerado como un todo del que formaba parte también el ius gentium) el nuevo sistema del Derecho pretorio u honorario. La denominación de ius honorarium, que es la más técnica y general, indica la conexión de este sistema con la autoridad de los magistrados; la de ius praetorium se refiere a la que hubo de ser la más rica de sus fuentes: la actividad jurisdiccional del pretor urbano.

Para comprender la formación de este Derecho, sin paralelo en los medios de producción jurídica del mundo moderno, precisa darse cuenta de la amplia discrecionalidad que gozan los magistrados a quienes corresponde la organización de los juicios, en aquellos países en los cuales el Derecho no escrito impera en grandes zonas.

El magistrado iudicente, debiendo sacar la norma adecuada a las relaciones sometidas a su conocimiento de una reglamentación no codificada, se encontraba en muchas ocasiones en la necesidad de ayudar a la costumbre para que evolucionase y así resolver situaciones jamás presentadas con anterioridad. Esta actividad conducía, según los casos, a lo que nosotros llamamos interpretación extensiva y analógica, o, incluso, a la creación de nuevos principios, unidos al de-

recho conocido por los lazos bastante más livianos de los que serían lícitos - utilizar a los jueces actuales.

En Roma no fué reconocida esta facultad al magistrado iudicente desde los- tiempos más antiguos; ello fue la natural consecuencia del conocido dualismo -- entre el magistrado que presidía el tribunal y el colegio de los pontífices, el cual, al tener el monopolio de la jurisprudencia, indicaba a aquel, al igual -- que a las partes, las fórmulas sacramentales que debían pronunciar, y, mediante éstas, los principios a aplicar. Pero cuando el monopolio de la clase sacerdo-- tal desaparece los juristas laicos, ciudadanos particulares, no pudieron impo-- ner al pretor un criterio o una línea de conducta, pues este había alcanzado el predominio jurisprudencial; podían, en el fondo, elaborar los nuevos principios jurídicos y preparar nuevos formularios, más el sancionar, de manera definitiva la doctrina elaborada, únicamente podía corresponder a quien presidía el tribu-- nal. La función del magistrado era, pues, precisamente, de dicere ius, o sea, - de expresar o indicar la norma según la cual se reglamentaría la relación some-- tida a su conocimiento: norma que se podía encontrar completa y formulada en el uso práctico de las acciones; pero, que podía exigir también alguna modifica-- ción o retoque.

Sin embargo, el poder del magistrado siguió aún estrechamente sometido a - los principios del ius civile y solo fue uno de los distintos medios técnicos - que contribuían a su evolución, mientras los litigios entre ciudadanos continua-- ron sometidos a aquellas formalidades verbales (legis actiones) que, aún cuando sustreídas a los pontífices y vulgarizadas, inspiraban todavía tal reverencia y respeto, como cosa sagrada, que eran consideradas como inmutables en sus partes esenciales. Pero en muchos casos, la comprobación de las nuevas necesidades so-- ciales y el consejo de los jurisperitos empujaban al pretor a crear medios de--

fensivos, encaminados, sobre todo, a preparar futuras acciones o a paralizar -- las ya concedidas por el ius civile. Tal ocurría, cuando ordenaba que, en deter-- minadas circunstancias, los ciudadanos se obligasen mediante estipulación a re-- sarcir los perjuicios y daños que se hubieran podido producir (stipulationes -- praestoriae); cuando rechazaba las acciones surgidas de ciertos negocios, formal-- mente válidos, pero viciados, sustancialmente, por haber sido realizados, por -- ejemplo, con violencia o por haberse celebrado con detrimento de menores de -- edad (in integrum restitutio) o cuando ordenaba desistirse de actuaciones que -- podían perturbar la paz social, a fin de decidir, eventualmente después, de la -- razón o del perjuicio a través de una apuesta que, en su segundo momento, las -- partes harían ante el tribunal (interdicta). En cualquiera de estos supuestos, -- y particularmente en el segundo, se afirmaba, por primera vez, la idea de que -- el magistrado podía, aún reconociendo la solución que emanaba del Derecho civil, -- adoptar, en consideración a un problema de convivencia social, otra más equita-- tiva e imponer a las partes, autoritariamente, limitaciones a sus Derechos, -- antes solo posibles en razón de una *lex populi Romani*.

Esta tendencia creadora de reglas más conformes a las necesidades prácticas fué intensamente robustecida, cuando, en la segunda mitad del siglo II, una ley Aebutia autorizó a las partes a hacer valer sus pretensiones per formulas en lugar de someterse a las legis actiones; es decir, mediante programas escritos — que se elaboraban ante el tribunal del magistrado (in iure) a semejanza de — aquellos que se habían ido redactando hasta entonces por el pretor peregrino — para tutelar las relaciones propias del ius gentium. Esta nueva forma procesal fue facultativa hasta que una ley del emperador Augusto (lex Iulia iudiciorum — privatorum) la hace, salvo algunas excepciones, obligatoria; pero tuvo gran — aceptación desde el principio, como lo demuestra que ya en la época ciceroniana las fórmulas habían casi eliminado a las legis acciones.

Es cierto que la ley Aebutia sólo pretendió reglamentar el procedimiento ci  
vil, por cuya razón el pretor sólo estaba autorizado, formalmente, a crear una-  
fórmula para cada relación jurídica tutelada ya por una legis actio, recogiendo  
en un programa, de su factura personal, aquellos mismos enunciados claros y pre-  
cisos de las relaciones jurídicas discutidas, que, primero, los pontífices, y,-  
después, los juristas laicos, habían venido poniendo en boca del actor. Pero, -  
de hecho, el pretor resultaba el amo del procedimiento, pues, además de compro-  
bar los programas caso por caso, redactaba y publicaba al comienzo del año ofi-  
cial los modelos abstractos a que se sometería. De aquí que fuese natural que -  
aquella facultad, ya implícitamente reconocida por la costumbre, de prestar ayu-  
da, jurisdiccionalmente, a las víctimas de normas civiles demasiado rigurosas ,  
bien del mal uso que otro hiciese de ellas, la ejercitase en estas circunstan-  
cias en una escala más amplia, adaptando a las nuevas necesidades, con ligeros,  
pero adecuados retoques, las fórmulas ya elaboradas por él mismo para amparar -  
las relaciones reconocidas por el ius civile y preparando, incluso, formulae in  
factum conceptae encaminadas a tutelar relaciones que el Derecho civil (o sea,-  
el ius en sentido propio) no había reconocido de ningún modo (10).

En los últimos años de la República, esta fuente de nuevas normas, superaba  
a las demás. Las leyes y los plebiscitos se publicaban para las cuestiones que-  
interesaban más intensamente a la ciudadanía; pero en todos aquellos casos en -  
que no era necesaria la convocatoria de los comicios, se consideró conveniente-  
evitarla, ya que, en la agitada vida pública del último siglo de esta época, so-  
lían degenerar, fácilmente, estas reuniones en tumultos callejeros. La interven-  
ción del magistrado jurisdicente ofrecía, en cambio, la garantía del rico cau-  
dal de experiencia que se había ido acumulando en su tribunal, pues si esa expe-  
riencia no podía proceder del propio magistrado en funciones, dada la temporal  
idad del cargo y la eventualidad de las circunstancias que conducían a la pretu-

ra urbana a uno u otro hombre público, se lo proporcionaban sin duda, los juristas a cuyo consejo y opiniones todo pretor recurría.

Esa actividad innovadora de cada pretor no procedía caprichosamente durante el año que su cargo duraba, ni quedaba desconectada, ni aislada de la de sus — predecesores y sucesores, pues ello habría colocado a los ciudadanos en una insostenible situación de incertidumbre sobre el Derecho vigente en cada momento. El pretor procedía siempre de acuerdo con criterios generales establecidos por él mismo al comienzo de su magistratura, los cuales se transmitían, en la mayoría de las ocasiones, de unos a otros, salvo las variaciones aconsejadas por la experiencia. Con este fin, los pretores se sirvieron del ius edicendi, derecho que los magistrados romanos tenían de informar, oficialmente, al pueblo de cosas relativas a su cargo; por eso, al principio del año de su magistratura, exponían, escrito sobre las habituales tabulae dealbatae, un edictum destinado a regir durante todo ese periodo y que se denominó, por eso, edictum perpetuum — (en oposición a los edicta repentina que podían ser publicados por razones excepcionales dentro de ese año).

El pretor no estaba jurídicamente vinculado por su Edicto; pero la opinión pública, que en la Roma republicana ejercía una severa vigilancia sobre la actuación de las distintas magistraturas, consideró siempre como una grave ofensa al interés público, cualquier alteración que no respondiese a una necesidad — real; repulsa general que encontraba medio fácil de expresarse en la intercessio opuesta por sus colegas o por los tribunos de la plebe.

Una ley Cornelia, del año 67 a. de C., estableció una verdadera obligación — jurídica al disponer "ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent".

El poder discrecional del pretor, que entraba a desempeñar esta magistratura,

no estuvo jamás limitado, legalmente, por los edictos de sus predecesores; pero, en este caso, también la opinión pública, personificada en los juristas, hubiese considerado funesto para la República el acto de quien prescindiese de cuanto -- los pretores anteriores habían establecido, para reformar, caprichosamente, principios que habían demostrado su bondad. Por ello, con un espíritu de disciplina y con un respeto a la tradición, características constantes del gobierno romano, los pretores acostumbraron a publicar, casi íntegramente, el Edicto de sus predecesores, cambiándole tan solo en aquellas partes que, a juicio de los técnicos, hubiesen dado mal resultado, y añadiéndole aquellos progresos posteriores que -- habían merecido el asentimiento y aprobación de la conciencia jurídica de sus -- ciudadanos. De este modo, una gran parte del Edicto se convierte en edictum traslativum, o sea, que pasaba incambiado de un pretor al siguiente, con lo cual a fines de la época republicana el Edicto se pudo considerar perpetuo, en un sentido bien distinto del que se le diera en un principio a tal denominación.

En el Imperio, las normas edictales eran consideradas como un sistema definitivamente completo y perfecto, cuya publicación anual acaecía automáticamente y sin otras modificaciones que las impuestas al magistrado por el Senado o por el Príncipe, hasta que, alrededor del año 130 d. de C., el Emperador Adriano encargó al más celebre jurista de su tiempo, Salvio Juliano, una revisión del Edicto. Esta fué realizada y presentada al Senado, que la aprobó, y desde entonces se -- convirtió en fuente de Derecho inmutable y definitiva.

El Edicto pretorio no contenía solamente los remedios judiciales que el pretor había creado como adición o corrección parcial al Derecho preexistente, sino también aquellos que imitaban las acciones del antiguo Derecho civil (así como -- las fórmulas del ius gentium que, repetimos, se consideraba todo incluido en el ius civile). Más, respecto a las acciones, que ocupaban la mayor parte del Edic



to, existe diferencia entre ellas, según proviniesen del Derecho civil o resultasen de adaptaciones o de creaciones ex novo por parte del pretor. Si la relación era ya conocida por el Derecho civil, el pretor se limitaba a incluir en su album la fórmula tipo, a la cual, en cada caso, debían adaptarse los programas a proporcionar al juez en los litigios de aquella clase; cuando por el contrario, la relación era tutelada judicialmente por obra exclusiva del pretor, entonces éste insertaba en el Edicto una cláusula en la cual declaraba que si se daban tales o cuales circunstancias, concedería una acción, y daba a continuación la fórmula tipo.

Finalmente otra distinción en la totalidad jurídica de Roma es el llamado — por algunos romanistas ius novum. Esta denominación se refiere al derecho nuevo que proviene o fluye de las constituciones imperiales y que halla su refrendo procesal en el procedimiento extra ordinem.

Realmente el derecho contenido en las constituciones no es tan nuevo como a primera vista puede parecer pues halla su continuidad en los juristas que le — inspiran al ingresar en la burocracia imperial. Por otra parte, la realidad es que el llamado ius novum coexistió con el ius civile y el ius honorarium, conservando sus características especiales.

Hagamos alusión para terminar al Derecho romano vulgar. El Derecho romano vulgar — escribe el profesor Hernández Tejero — es el fruto del distanciamiento u olvido que se opera principalmente en la época postclásica de los principios, categorías o distinciones elaborados por la jurisprudencia clásica. A ello contribuyeron muchos factores, tales como el impacto de los Derechos provinciales y el retroceso en la elaboración científica (11).

La verdad, el misterio y la perduración del Derecho romano puede consistir—

-75-

en que en él predominó la coexistencia sobre la derogación, se iba innovando - sin abolir el pasado, dejándole respetuosamente perder vigencia y aún esperando su discreto y eterno retorno.

N o t a s

- (1) J. Iglesias, Espiritu del Derecho Romano, Madrid, 1980, 70.
- (2) J. Iglesias, idem., 70.
- (3) V. Arangio Ruiz, Historia del Derecho Romano, 173.
- (4) V. Arangio Ruiz, idem, 178.
- (5) idem. idem. 179.
- (6) J. Iglesias, Derecho Romano, 94.
- (7) Gayo, 1, 1.
- (8) Inst. 1, 2, 11.
- (9) D. 1, 1, 11, Paulo.
- (10) Toda esta materia solo puede ser ligeramente esbozada aqui en cuanto sirve a explicar el curioso fenómeno que representa el derecho pretorio en la — doctrina de las fuentes del derecho. Se remite a V. Arangio Ruiz, Istitut., 124 ss.
- (11) F. Hernández Tejero, Compendio de Derecho Romano, 29.

## CAPITULO VII

### NACIMIENTO Y DISCURSO HISTORICO DEL DERECHO ROMANO: LAS FUENTES Y LAS CODIFICACIONES

Las normas acatadas por los romanos responden a distintos orígenes y fueron otorgadas por muy varios órganos de autoridad que pasaron, a través de los siglos, por períodos de desarrollo, plenitud y ocaso.

Sin embargo, el Derecho romano se caracteriza por un espíritu conservador — tan arraigado que rara vez se atreve a derogar las leyes que encuentra establecidas. "Los jurisconsultos las manejaban casi como leyes del mundo físico" (1).

Se ha dicho que la incesante lucha para poner el Derecho al servicio de las exigencias variables de la vida desarrolló en los romanos un instinto jurídico — prodigioso.

Ahora bien, la aptitud de sacar de un ideal eterno, o de una norma preestablecida, creaciones multiformes que corresponden a una situación nueva es la nota esencial de una vocación artística. Los romanos que carecieron de grandes concepciones filosóficas fueron en este sentido artistas del Derecho, muy especialmente del Derecho privado.

Es sabido, por otra parte, que faltan en Roma las ambiciosas empresas legislativas, las grandes codificaciones sistemáticas. En toda la etapa de la República no hallamos más que un solo código de oscuro origen, las XII Tablas. Desde esta fecha transcurren casi 900 años sin un intento de poner en orden la maraña de —

normas jurídicas. Y cuando Teodosio II se decide tímidamente a ello en el año 438 de nuestra Era es porque la decadencia es tan grande que los jurisconsultos y los funcionarios no son capaces de manejar tal frondosidad legal y aspiran solo a que se reduzca o simplifique.

Entrando ya en el terreno de las FUENTES —Costumbre, Ley, Plebiscito, Senado consultos, Constituciones imperiales, Edicto de los magistrados— vamos a ocuparnos de ellas según el orden de la enumeración más arriba acotada. En la enumeración mencionada se incluyen antes las Constituciones imperiales que los Edictos — de los magistrados porque estos forman Derecho aparte, el Derecho praetorio.

No es fácil precisar sobre la COSTUMBRE en Derecho romano, donde existe un ius ex non scripto que tiene que ver esencialmente con la interpretatio prudentium y no con las normas consuetudinarias del momento. Aceptemos como inicio que la costumbre "es la norma establecida por la repetición de actos que revelan una intención de acatamiento".

Parece probable que fuera la fuente más antigua. Es admisible la hipótesis — que consideraría las costumbres primitivas como expresión de la voluntad divina — (fas), cuando hasta el propio ius se ha sospechado que podía tener relación etimológica con Júpiter (2).

El viejo Derecho privado fué en sus comienzos un derecho sacro y consuetudinario basado en el respeto a los convenios entre los individuos, lo mismo que el Derecho público parece haber tenido su origen en alianzas (foedera) hechas entre grupos sociales y colocadas bajo la protección de los dioses.

Pero ni los jurisconsultos de la época republicana nos han dejado una doctri-

na del Derecho consuetudinario ni los estudios modernos han conseguido, al analizar las viejas instituciones, deslindar la aportación de cada una de las razas y tribus que formaron la ciudad (3).

Cicerón dice que ciertas normas se hicieron costumbre por motivos de utilidad, aunque no sabemos cual, y considerándolas útiles fueron a veces confirmadas por la ley. En Cicerón se halla también la primera alusión a la "voluntad de todos", "consensus omnium", como elemento integrante del Derecho consuetudinario, muchas de cuyas reglas pasaron luego a los edictos de los pretores (4).

"El viejo ius civile —dice el profesor Iglesias (5)— descansa en preceptos de moralidad, de una moralidad hecha tradición. Los mores o mores maiorum dan vida al primitivo ordenamiento, que la interpretatio jurisprudencial desenvuelve y adapta a las nuevas exigencias.

La terminología romana no es firme en lo que toca a distinguir entre los mores y la consuetudo, entre los contenidos de moral tradicionales y la costumbre. En todo caso parece probable que la doctrina de la costumbre, tal como hoy la entendemos (6), se desenvuelve en época postclásica. Los clásicos no contraponen interpretatio y lex, integradoras ambas del ius civile. El ius ex non scripto se refiere, por modo esencial, a la interpretatio prudentium, y no a unas normas consuetudinarias de cuño moderno.

En el Derecho de la última época es clara la antítesis entre costumbre y constitutio principis. Todo el Derecho tiene ahora su raíz y fuerza en la ley, respecto de la cual la costumbre cumple una función correctora o subsidiaria, sin que puede abrogarla.

»

En las fuentes se dibujan levemente algunas de las normas que sobre la costum

bre formula la ciencia actual respecto de la observancia general —consensus omnium—; la persuasión del carácter obligatorio —opinio necessitatis—; la práctica de largo tiempo —vetustas, diuturna (o longa o inveterata) consuetudo—, - y el ámbito de eficacia (7).

Digamos finalmente que por costumbre se implantaron las reglas sobre impedimentos de parentesco para el matrimonio, la curatela del pródigo, la pignoris capio en favor de los soldados y se derogaron otras, como el cap. II de la ley — Aquilia y la ley Genucia sobre usura.

LEY, en sentido técnico, —se ha escrito (8)— es una declaración normativa que descansa en un acuerdo. La lex puede ser pública y privata.

Lex por antonomasia es la lex publica, definida por Capítán como generale iussum populi rogante magistratu (9). La lex publica nace por un convenio, a la manera de la lex privata: lex est commune praeceptum, communis rei publicae sponsio.

Cuando Roma crece —observa Castillejo— el Derecho consuetudinario no alcanza a cubrir las nuevas exigencias. Hacen falta preceptos de creación más rápida y aplicación más general y definida, según exige, por otra parte, la plebe, como garantía contra la arbitrariedad de los patricios.

La ley era para los romanos en su acepción genérica (10) toda determinación de voluntad que consagra normas jurídicas aceptadas por quienes han de quedar sometidos a ellas. Es sin embargo dudoso que en su origen histórico se hallara ya esta esencia contractual.

Se entendía que establecían leyes los que contrataban o los que se asociaban

para determinados fines o los que imponían normas a su propio patrimonio.

Cuando era la masa de los ciudadanos la que consentía en prestar acatamiento a una regla propuesta por un magistrado o acordaba un régimen para las personas o para el patrimonio común, nacía una lex publica de carácter general. Según eso hay que distinguir tres clases de leyes públicas:

a) Leges rogatae o leges latae, reglas de derecho establecidas por decisión del pueblo reunido en comicios a propuesta de un magistrado (como Asambleas no tenían derecho de iniciativa ni podían introducir modificaciones en los proyectos, la ley no nacía del pueblo, pero derivaba su fuerza del consentimiento de éste, a la manera de un contrato (11).

A las leyes se equipararon los plebiscitos desde la ley Hortensia. Cuando la sanción de la ley implica nulidad de los actos es ley perfecta, si sus efectos van en perjuicio del transgresor es ley minus quam perfecta, si carece de sanción es imperfecta (12).

La actividad legislativa después de las XII Tablas fué casi exclusivamente para cuestiones de Derecho público. Al Derecho privado no tocó sino en puntos que rozan con el interés social, por ejemplo: conubium de los plebeyos (lex Canuleia), delitos (Lex Aquilia), protección de menores (leges Atilia, Julia et Titia y Plaetoria), usura (leges Marcia y Genucia), restricción de donaciones (lex Cincia), responsabilidad de los fiadores (leges Furia, Apuleia, Publilia) y limitación de legados (leges Furia, Voconia y Falcidia). Estas leyes fueron de iniciativa de los tribunos de la plebe.

b) Leges datae, eran: 1) Estatutos dados a las provincias o a las ciudades — por el magistrado (generalmente el conquistador o pacificador autorizado por el



Senado y con la aprobación de los Comicios (13), para establecer la organización administrativa y judicial.

2) Concesiones de ciudadanía que en vez de ser hechas por acuerdo de los comicios eran otorgadas previa autorización de éstos por un magistrado v. gr. el que iba a fundar una colonia o el general que iba a premiar a sus soldados, así Pompeyo en el año 72.

3) Leyes dadas por magistrados extraordinarios, como en el caso de Sila y de los triunviros, a quienes se encargó de otorgar una nueva constitución a la República.

c) Leges dictae, con este nombre (que no está en los textos romanos) se designan las modalidades o limitaciones (v. gr. reglamentos o servidumbres) impuestas por un propietario a sus bienes, y por analogía, las reglas que para templos, altares y propiedades del Estado establecían los encargados de su administración. De la época republicana apenas quedan sino algunos fragmentos de instrucciones que podrían referirse a ese tipo de reglamento (inscripciones de Lucania de Spoleto y del templo de Furfum).

La Ley de las XII Tabas supone una legislación arcaica en que se mezclan — normas semibárbaras (penas del Talion, ejecución sobre la persona del deudor) — con otras que revelan una vida social, una técnica y un lenguaje jurídico avanzados (sucesión testamentaria, tutela). Al lado de disposiciones de carácter general aparecen detalles minuciosos e insignificantes.

Es posible que las XII Tabas fueran un pequeño código que recogiera las antiguas costumbres, retocadas y completadas por influjo griego y por exigencias de la plebe. Tito Livio dice que son fons omnis publici privatique iuris. Pero — los fragmentos y referencias llegados a nosotros se refieren solamente a Derecho

privado, Derecho penal y Procedimientos.

Las XII Tablas sirvieron de base a una interpretatio en que los jurisconsultos dieron elasticidad a sus preceptos y ensancharon sus aplicaciones bajo la inmutabilidad literal de su texto, a saber:

1. Se hizo posible emancipación de los hijos valiéndose del precepto que castigaba abusos de los padres.

2. Se crearon contratos nuevos gracias a una mixtificación de la mancipatio (que era en su origen una sencilla venta al contado) y se fingió un pleito (in iure cessio) para hacer negocios jurídicos tan nuevos y dispares como manumisiones, emancipación, adopción, transferencia de propiedad, de tutelas, de derechos hereditarios o constitución de servidumbres.

El antiguo matrimonio por compra se utilizó para que las mujeres se deshicieran de un tutor legítimo que les desagradara.

Todo ese Derecho creado por la interpretatio de las XII Tablas se consideró, al igual que ellas ius civile, y fué quizás originariamente el auténtico ius civile (14).

PLEBISCITO —plebiscitum— es la deliberación de la plebe en su asamblea —concilium plebis—. Tal como lo define Gayo (1, 3), plebiscito es quod plebs iubet atque constituit.

El plebiscito es, al principio, un mandato de la plebe y para la plebe. Tras la lex Hortensia (287 a. de C.), se equipara a la ley, obligando también a los patricios. A partir de entonces, ley y plebiscito no se diferencian, hablándose

de lex sive plebiscitum (15).

Los SENADOCONSULTOS no alcanzan durante la República a crear reglas con valor de leyes, pero si a preparar o dar el prestigio de su opinión favorable a un proyecto de ley, a confirmarlo después de votado por el pueblo, a anular las leyes por defectos de procedimientos en su formación y a otorgar dispensas de ley (16).

Por vía indirecta, pero muy eficaz, los senadoconsultos influyeron en la administración y la justicia, dando a los magistrados y gobernadores de provincia instrucciones, que éstos recogían generalmente en sus edictos, porque su dependencia política del Senado se acentuó a medida que los comicios declinaban (17).

Los senadoconsultos se convirtieron así en verdadera fuente de Derecho privado y Cicerón los enumera entre los elementos que integran el ius civile entendiendo éste como Derecho vigente en la ciudad.

La CONSTITUCION IMPERIAL es definida por Gayo (1, 5) en estos términos: Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.

Los emperadores de la época del Principado consiguieron convertir prácticamente en agentes de su voluntad a dos de los órganos creadores de Derecho: ley y senadoconsultos. Pero fueron además jefes supremos de una administración y de una jurisdicción de día en día ensanchadas y dieron instrucciones o resoluciones que llegaron a ganar fuerza legal sin necesidad de pasar ni por el pueblo ni por el Senado.

En virtud de su imperio proconsular se atribuyeron el ius edicendi. No publicaron un Edicto como el Pretor a modo de programa de gobierno; pero dieron en forma de Edictos normas judiciales aisladas, que ligaban a magistrados y funcionarios.

Las constituciones imperiales son de cuatro clases: 1) edicta: normas dadas por el Príncipe en virtud del ius edicendi que le asiste; 2) Decreta: resoluciones extra ordinum en procesos civiles o criminales de los que conoce el príncipe en primera instancia o en apelación; 3) rescripta: respuestas a consultas planteadas por magistrados, funcionarios o particulares; 4) mandata: instrucciones dadas por el príncipe, singularmente en materia administrativa, a los funcionarios de la administración provincial.

Lo mismo bajo un solo emperador que bajo el régimen de división del Imperio se consideró que la legislación era común. La separación de Oriente y Occidente se estableció para facilidad en la administración. Por eso las Constituciones dictadas en una de las dos mitades tenían vigencia en la otra, cosa que no podía sorprender si se recuerda la tradición pluralista del Poder público y de los órganos legislativos. Pero en un Imperio vasto y desmembrado era difícil obtener publicidad suficiente, y por eso se estableció en la época de Teodosio II y Valentiniano III que las Constituciones Imperiales de cada uno de los emperadores hubieran de ser comunicadas al otro con el fin de promulgarlas.

En virtud del ius edicendi o facultad de dirigirse al pueblo, oralmente (in contione) o por escrito (in albo), los magistrados publicaron EDICTOS. Unos afectaban al Derecho Público, como los de los censores, sobre formación del censo o sobre buenas costumbres (18), y los de los cónsules, sobre reclutamiento militar, o convocatoria de comicios. Otros se referían al Derecho privado, como los del -

pretor urbano, pretor peregrino y ediles curules en Roma, y los de los gobernadores y cuestores en las provincias, encargados de administrar justicia civil. Exponían éstos sus edictos a la puerta del tribunal, escritos sobre una tabla blanca (album) en letras negras y con epígrafes rojos (rubricae). En ellos consignaban las normas a que se atendería durante el ejercicio de su cargo. La función específica del pretor, ius dicere o iurisdictio no consistía en fallar, sino en anunciar en que casos concedería acción, adoptar medidas de protección jurídica y señalar luego, cuando una reclamación se producía, quien había de juzgar y con arreglo a que principios.

La autoridad omnimoda de los magistrados quedaba así limitada en cierto modo con la publicidad previa de su criterio. Pero ocurrieron abusos. Hubo magistrados que se apartaron del programa trazado; no había otro freno posible que la intercessio de otro magistrado, hasta que una lex Cornelia del año 67 obligó a los pretores a atenerse a lo anunciado en el edicto, y, por lo tanto, convirtió este en una ordenanza.

El influjo de los edictos en la creación del Derecho comenzó a ser grande — (19) desde que a mediados del siglo II, la ley Aebutia introdujo un sistema de procedimiento civil que se ha llamado "formulario" porque permitía al magistrado dar en cada pleito una instrucción escrita (formula) a la que el fallo había de ajustarse. A través de esas fórmulas el contenido de los edictos fue aplicado — por los juzgadores.

Mientras la ley y los senadoconsultos, hechos en asambleas políticas apenas tenían sensibilidad para los menudos problemas del Derecho privado, y participaban de la vulgaridad que suele caracterizar a las resoluciones de las mayorías, los edictos, inspirados en la realidad de los conflictos, pudieron tener la ori-

ginalidad y la delicadez de creaciones personales. Se convirtieron así en fuerza reformadora. No tenía autoridad para crear un ius civile; pero creaban un Derecho Honorario que alcanzaba la observancia en la práctica judicial y, al repetirse las mismas soluciones, llegaba a convertirse en el ius civile (v. gra. la admisión de contratos no solemnes).

Reunían, por tanto, la precisión de la ley, porque eran Derecho escrito; la flexibilidad de la costumbre, por adaptarse a las circunstancias de cada momento; las garantías técnicas del Derecho erudito, porque el pretor solía estar asistido de jurisconsultos, y las características del Derecho popular, porque recogían directamente los estados de conciencia de la sociedad (20).

En cuanto a su contenido, los edictos no podían ser al principio sino confirmación y aclaración de las reglas del ius civile (iuris civilis adiuvandi gratia), porque el magistrado no se apartaría de la ley, la costumbre y la interpretatio.

Pero como el Derecho constituido no podía prever todos los casos, se entendió que la autoridad del magistrado alcanzaba a cuanto no fuera contrario a la ley, y el edicto tuvo también función supletoria (iuris civilis supplendi gratia), tanto mayor cuanto más rápido fué el crecimiento de las necesidades jurídicas frente a la estrechez del primitivo ius civile.

El edicto no podía ir legítimamente más allá; pero dos circunstancias le abrieron nuevas posibilidades: una que la autoridad del magistrado romano era absoluta, y otra, que el iudex, elegido por los litigantes, tenía que atenerse en su fallo a la "fórmula" dada para el caso por el pretor, no siendo de su incumbencia comprobar su legalidad (21).

Y así se atrevió el pretor a deslizar en su edicto preceptos en contradicción con el ius civile (iuris civiles corrigendi gratia) siempre que creía interpretar un estado de conciencia pública contraria a viejas normas, y no temía, por tanto, el resto de magistrados o tribunales. En el edicto anunciaba: que otorgaría acción y nombraría juzgador (iudicium dabo) o que le denegaría (iudicium denegabo); que concedería excepción, insertando en la fórmula una hipótesis cuya prueba paralizaría la acción del demandante; que atribuiría la posesión de bienes (possidere iubebo, bonorum possessionem dabo), que consideraría como no acaecidos ciertos hechos generadores de consecuencias jurídicas (in integrum restituum), y que obligaría a los litigantes a hacerse ciertas promesas (promitti, satisfieri iubebo) o a prestar juramento (iurare cogam). También daba por sí mismo determinadas órdenes (interdictos), prohibiendo hacer algo (vim fieri veto) o mandando restablecer una situación de hecho (restituas).

Pero el Pretor trató también de escapar al peligro de la rigidez de su Edicto y quiso conservar cierta libertad de juicio para la cual introdujo en él frases de reserva, tales como "causa cognita", o, "si mihi iusta causa esse videbitur", o "uti quaeque res erit animadvertam" (22).

Los edictos de los ediles curules se referían a compraventas de esclavos y animales, a animales peligrosos, a mercados, funerales y entierros. Los de los gobernadores y los de los cuestores en las provincias equivalían a los de los pretores y ediles de Roma.

Todos estos edictos introdujeron reformas sustanciales en el Derecho privado. El ius civile no fue derogado, pero quedó progresivamente paralizado. Hay un período de dualismo entre ius civile y ius honorarium; se hallan frente a frente propiedad quiritaria y propiedad bonitaria, modos civiles y modos natura-

les de adquirir, contratos formalistas rígidos y contrarios de interpretación --- flexible, hereditas y bonorum possessio.

En esta pugna el Derecho pretorio, que recibía por su parte aportaciones del ius civile a través de los juristas, había comenzado a adquirir, a fines de la República, una supremacía que crece en el período siguiente. Con todo los vestigios del dualismo llegan hasta Justiniano. No se ha conservado ningún texto de Edictos de la época republicana. Solo conocemos citas fragmentarias hechas por jurisconsultos de la época del Principado y referidas a una refundición realizada por orden del emperador Adriano, y también algunas alusiones, como las de Cicerón al edicto provincial de Sicilia en la época de Verres o al que el mismo Cicerón dió como gobernador de Cilicia.

Hagamos alusión en fin a las varias clases de Edictos: Edictum perpetum es el vigente por el año del cargo; Edictum repentinum es el dado para resolver --- cuestiones imprevistas y urgentes; Edictum tralatitium es el que conserva lo dispuesto por el antecesor en el cargo; y Edictum novum es el que recoge las innovaciones que el nuevo magistrado introduce.

La OBRA CODIFICADORA por antonomasia, eje de la inmensa rueda romanística, es el Corpus Iuris Civilis de Justiniano. Sobre este eje hemos de ordenar y hacer girar el estudio de las codificaciones, clasificándolas en prejustinianeas, justinianeas y postjustinianeas.

La variedad de fuentes que coexistieron durante la República y el Principado, desaparecieron por completo bajo la Monarquía absoluta. En este período, el principio "quod principi placuit legis habet vigorem" (23) se entendió literalmente, excluyendo toda otra fuente que no fuesen las constituciones imperiales.-,,



Estas recibieron, con exacta valoración constitucional, el mismo nombre que, en los tiempos antiguos, se diera a las normas votadas por el pueblo en sus comicios, es decir, el de leges. En oposición a ellas se designaba con el nombre de ius, y con más frecuencia en su plural, iura, todo el antiguo Derecho que no hubiese sido modificado por las constituciones imperiales; pero como en las escuelas jurídicas y por los tribunales no se acudía ya a las fuentes antiguas originales, leyes y edicto del pretor, sino que el conocimiento del Derecho civil y del honorario se obtenía mediante las obras de los juristas clásicos, el nombre de iura sirvió, en esta nueva época, para designar técnicamente los escritos jurisprudenciales que se habían conservado (24).

La mayor actividad desplegada en la preparación y recopilación de las constituciones imperiales no restó importancia a las obras jurisprudenciales, las cuales en las relaciones privadas sobre todo, exponían siempre el armazón del Derecho vigente. El culto a la jurisprudencia clásica seguía siendo intenso, particularmente en las escuelas oficiales, muy numerosas en la época postclásica.

La necesidad de crear estas escuelas fué sentida ya en los primeros decenios del siglo III, tanto quizá por la impresión que los juristas de los últimos tiempos tuvieron de no dejar tras de sí dignos continuadores en la labor de comentario y sistematización del Derecho, como por la necesidad de difundir el conocimiento del Derecho romano —una vez promulgada la constitución Antoniniana— por todas las provincias del Imperio.

Aún cuando las escuelas fueron numerosas, las noticias que poseemos son, desgraciadamente tan incompletas respecto a Occidente, que de no ser porque conocemos el fruto de la laboriosidad ininterrumpida de los juristas de los siglos IV y siguientes, deberíamos creer en la existencia de una sola escuela en la Capi—

tal. Somos más afortunados con relación a Oriente, donde funcionaron cinco escuelas: las celeberrimas de Berito y de Constantinopla y las menos famosas de Alejandría, Antioquia y Cesárea.

El puesto de honor lo ocupaba, sin duda, en la parte oriental del Imperio, - Berito. Ya en el año 239, esta ciudad de Siria se consideraba como la "escuela - del derecho", fue aumentando progresivamente, y todo el siglo V presenció la actuación de una serie de profesores que fueron calificados por los contemporáneos y por los sucesores como "héroes" y maestros del mundo habitado". Los nombres de Cirilo, Patricio, Donino, Demóstenes, Eudasio y Leoncio fueron honrados, durante siglos, en la tradición doctrinal bizantina.

Dedicadas preferentemente al estudio de la jurisprudencia clásica, las escuelas de Occidente y de Oriente carecieron de maestros capaces de dominar la literatura jurídica aparecida en Roma durante el Principado —apunta agudamente Arango Ruiz—. Allí donde la construcción dogmática fuese audaz; allí donde fuese preciso deducir sutilmente el pensamiento del jurista de los conceptos del ius civile; allí donde estuviesen en juego aquellas delicadas relaciones entre los distintos sistemas jurídicos, los profesores postclásicos, y especialmente los orientales, tropezaron con tales dificultades, que se vieron obligados a prescindir de los viejos manuscritos. Su predilección espontánea fue entonces para ciertos juristas cuyos escritos les eran más fácil entender y más de su agrado. Tales fueron: Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino.

Esta arbitraria reducción de la jurisprudencia clásica a un reducido número de juristas, pasó, como es natural, de la Universidad a los tribunales y fue con firmada oficialmente por una constitución dada por el colega occidental de Teodosio, Valentiniano III. Nos referimos a la llamada "ley de Citas" de 9 de noviem-

bre del 426, recogida en el C. Th. I, 4,3. En ella se estableció que los cinco juristas antes indicados eran los únicos cuyas obras podían citar las partes directamente ante los Tribunales, para apoyar sus respectivas pretensiones. No prohibía que se utilizasen las razones de otros juristas, pero para ello era preciso que la autoridad de tal posición doctrinal estuviese reconocida en las obras de uno, por lo menos, de aquellos cinco consagrados oficialmente, y, además, cada cita había de confirmarse mediante la exhibición del correspondiente manuscrito.

Entre los juristas consagrados prevalecía, en caso de desacuerdo sobre la materia o cuestión sub iudice, la opinión de la mayoría, si había empate entre las opiniones por ellos emitidas, prevalecía aquella aceptada por Papiniano. En el caso de que ninguno de estos criterios resolutivos fuese aplicable, el juez quedaba en libertad para sentenciar.

Los juristas postclásicos prestan especial atención al aspecto didáctico. En este sentido utilizan las Instituciones de Gayo. "Resumido y simplificado está el libro gayano en el Epítome Gai, que los compiladores visigóticos insertan, a su vez con abreviación y reforma, en la lex Romana Visigothorum. Una interpretatio pobre del propio libro de Gayo es la realizada, en el siglo IV o V de C., por un oscuro maestro occidental, y de la que sólo poseemos algunos fragmentos: los fragmentos de Autum o fragmenta Augustodunensia.

Entre las reelaboraciones de materiales clásicos figuran los Tituli de Ulpiano y las Sententiae de Paulo. Esta última obra, dividida en cinco libros, repartidos en títulos, y ordenada según el esquema de los digesta, aparece frecuentemente transcrita en los manuscritos de la lex Romana Visigothorum".

Estudiemos ahora las compilaciones prejustinianas de leges.

En la época de Diocleciano se avivó el deseo de reunir, con destino a la práctica, las constituciones que estaban vigentes.

Por la forma del libro en el cual fueron copiadas y puestas a la venta, las colecciones realizadas se llamaron códices. Las primeras se debieron a simples -- particulares y recibieron el nombre de sus respectivos coleccionadores.

El Codex Gregorianus, obra de un tal Gregorio, de quien nada más conocemos, -- fué redactado en Oriente reinando Diocleciano entre los años 291 y 292. Destinada especialmente a la sistematización del Derecho privado, esta colección comprendía exclusivamente los rescriptos. El más antiguo de los reproducidos en este Código-- es de Septimo Severo, del año 196; pero la comparación con el Código de Justinia-- no hace pensar que esta colección debía de remontarse hasta Adriano, siendo los -- últimos coetaneos a la confección de la misma. Debía de estar dividido en 15 li-- bros, por lo menos, siguiendo para la exposición de materias el mismo sistema de-- aquellas obras de la jurisprudencia que se denominaron Digesta. Dentro de cada li-- bro, las constituciones estuvieron distribuidas, según su contenido, en títulos,-- algunas de cuyas rúbricas se han conservado. Las constituciones estaban ordenadas cronológicamente en cada título.

Poco tiempo después, el Código Gregoriano fué completado por el Hermogenia-- no, debido probablemente al jurista Hermogeniano, autor del pequeño tratado titu-- lado Epitomae iuris. Este recoge en un solo libro, todos los rescriptos dados por Diocleciano en los años 293 y 294, ordenándolos bajo las mismas rúbricas del Gre-- gorianus. Estos dos Códigos fueron completados después, por obra de juristas poste-- riores, mediante la adición de las constituciones de los últimos años de Diocle-- ciano (295 - 304); de la corregencia de Constantino y Licinio (312-323), y, por -- último, de Valentiniano y Valente (363-365) (25). „

Bastante mejor conocida es la primera colección oficial de constituciones, — el Codex Theodosianus, mandada hacer por Teodosio II después del fracaso de una — más amplia empresa que había pensado acometer.

En una constitución del año 429 (C. Th. I, 1, 5) este Emperador se propuso — una doble tarea, para cumplir la cual nombró una comisión de siete funcionarios y un profesor de Derecho. Se pretendía, en primer lugar, recoger para uso de — los estudiosos todas las constituciones de carácter general publicadas desde — Constantino, ordenándolas en libros y en títulos "ad similitudinem Gregoriani — atque Hermogeniani codicis". El destino científico de tal obra impedía que se — distinguiese entre las constituciones vigentes en aquel momento y las explícita o implícitamente derogadas, debiendo solo preocuparse de lograr un acopio com— pleto del material. Después hacía falta componer otro Código, seleccionando, — bien de los dos de la época diocleciana, bien del primero que había reunido las disposiciones más recientes, las constituciones que mejor expresasen el Derecho vigente, colmando las lagunas con fragmentos elegidos de los comentarios y res— puestas de los juristas (26).

Pero todo esto no pasó de mero proyecto. Seis años más tarde, en el 435, — Teodosio nombró una nueva comisión a la que encomendó la modesta labor de reco— ger todas las constituciones desde Constantino que estuviesen aún vigentes, re— tocándolas, si fuera preciso, y evitando las contradicciones, de modo que pudie— sen utilizarse in omnibus negotiis iudicialibus (C. Th. I, 1, 6).

Dada la simplicidad del proyecto, el Código fue llevado a cabo con gran rapi— dez. Las constituciones fueron agrupadas en 16 libros, divididos en títulos, — cada uno de los cuales, al igual que el Gregoriano, iban precedidos de su co— rrespondiente rúbrica. Dentro de cada título las constituciones fueron ordena—

das cronologicamente. Publicado en Oriente, en el mes de febrero del año 438, — para comenzar a regir el 1 de enero del 439, fué remitido inmediatamente al prefecto de Italia, el cual lo presentó al Senado de Roma, a fin de que se aplicase también en la parte occidental, reinando allí Valentiniano III.

En este Código se da un importante paso en materias de Derecho público. Con posterioridad al Código Teodosiano se dictaron nuevas constituciones imperiales, llamadas Novellae posttheodosianae.

Por su precisión ejemplar transcribimos la síntesis de Iglesias sobre las — compilaciones de "iura" y "leges" (27).

Hay varias compilaciones de carácter mixto, esto es, agrupadoras de iura y leges.

Entre ellas figuran los Fragmenta Vaticana (28) fragmentos de una compilación privada descubiertos en un palimpsesto de la Biblioteca Vaticana, y de ahí el nombre, en 1921, por Nai. La amplia obra, conservada acaso en una décima parte, se divide en títulos, en cada uno de los cuales se recogen pasajes de Papiniano, Ulpiano y Paulo y del autor —desconocido— de una obra de interdictis, — junto con constituciones imperiales, especialmente de Diocleciano. A lo que parece, la compilación fué hecha en Occidente, sin carácter oficial, entre los años— 372 y 438.

Obra mixta también es la Collatio legum Mosaicorum et Romanorum, descubierta en el siglo XVI, por tres manuscritos —de Berlín, Viena y Vercelli— que hace — una comparación entre los Derechos mosaico y romano, valiéndose de los textos bíblicos, de las obras de Papiniano, Ulpiano, Paulo, Gayo y Modestino —los juristas de la ley de citas o citas— y de varias constituciones imperiales. De-

la obra solo conocemos los primeros dieciseis títulos del libro primero.

Del mismo carácter mixto participa una obra descubierta por Cuyacio en 1577, y a la que este atribuyó el nombre de Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti (29). Parece que fué escrita en las Galias, del siglo V al VI, y en ella se da solución, por un jurista, a casos y cuestiones varias, con auxilio de las Sententiae de Paulo y de constituciones de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano.

El libro Siro-romano (30)-Leges saeculares es un manual de Derecho romano —de ius civile, sin mención para el ius honorarium—, con las modificaciones —provenientes de constituciones imperiales a partir de Constantino. Del libro, escrito hacia el siglo V, en original griego, se hicieron traducciones al árabe, al arameo, al sirio y al armenio. Ha tenido vigencia, por muy largo tiempo —hasta el siglo XVIII—, en varios países árabes.

De mencionar son, por último, los Scholia Sinaítica, breves comentarios o escolios en griego a los libros 35-38 de Ulpiano ad Sabinum, descubiertos en el monte Sinaí. A tenor de la común opinión, fueron escritos en Oriente —acaso en Berito—, con anterioridad a Justiniano. Contienen citas no solo de Ulpiano, sino también de Paulo, Florentino, Marciano y Modestino, junto con pasajes de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano.

En el Occidente anegado por los bárbaros, esto es, en el que fué Imperio romano de Occidente, los reyes promulgan una serie de leyes —"leyes romano-bárbaras"— destinadas a los vencidos, donde se recogen, con singular simplicidad, preceptos mixtos de iura y leges. Tales son la lex Romana Wisigothorum, la lex Romana Burgundionum y el Edictum Theodorici (31).

De primer rango, entre todas, es la lex Romana Wisigothorum (32) o Breviarium Alarici o Alaricianum. Es un código promulgado por Alerico II, en el año 506, con vigor entre los hispanorromanos. De él han llegado a nosotros más de setenta manuscritos, por virtud de la enorme difusión que alcanzó en la Alta Edad Media. Vigente en España hasta la publicación del Liber iudiciorum, en el siglo VII, fue fuente general del Derecho romano en Francia, Alemania e Inglaterra por un tiempo que llega a los siglos XI y XII.

El Código contiene un epitome de las Instituciones de Gayo, textos de las Sententiae de Paulo, un pasaje de Papiniano y extractos de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y, sobre todo, del Código Teodosiano y de las Novelas posteodorianas. Los varios fragmentos o extractos, con excepción del epitome de Gayo, llevan una interpretatio, índice y glosa de los mismos que, a lo que se cree, es anterior a los tiempos de los compiladores del Código de Alarico.

La obra de Alarico, aunque no libre de modificaciones o alteraciones, es de sumo interés para el conocimiento del Derecho clásico y el estudio de los influjos bárbaros. Es útil, especialmente, en relación con las Receptae Sententiae de Paulo y el Codex Theodosianus.

La Lex Romana Burgundionum (33) fué dada por el rey borgoñon Gundobado, en los comienzos del siglo VI, para la población romana sometida del Mediodía de Francia.

La lex está redactada sobre la base de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, de las Novelas posteodorianas, las Sententiae de Paulo, las Instituciones de Gayo y algunos principios del Derecho borgoñon. La ley, no carente de sistema, está dividida en títulos, cada uno de los cuales acoge, con la oportuna indicación del origen, los fragmentos o textos de diferente procedencia.



El Edictum Theodorici (34) es una compilación legal promulgada hacia el año - 500 por el rey ostrogodo Teodorico, con destino a romanos y ostrogodos. Al promulgar la ley, tendente a la fusión de unos y otros, Teodorico se considera gobernador de Italia, actuando en nombre del emperador de Oriente.

El texto del Edictum Theodorici, con 154 artículos, se inspira en las mismas - fuentes que las otras leyes romano-bárbaras, aunque no se hace mención de la procedencia, y se recurre, no pocas veces, a la paráfrasis.

Alguien ha escrito que correspondió a Justiniano, Emperador de Oriente durante los años 527 al 565, la gloria de haber podido realizar, al fin, lo que había sido el deseo constante de la escuela y de la práctica, es decir, recoger en las leges, y los lura la expresión completa del Derecho vigente.

La verdad es que concurrieron múltiples circunstancias favorables para facilitar la labor. De una parte, el mayor progreso científico logrado por las escuelas de Berito y de Constantinopla, que permitía trazar con firmeza las líneas maestras del nuevo sistema dentro del cual habían de ser colocadas las antiguas y las nuevas instituciones, y de otra parte, el haber podido disponer el Emperador de - un hombre apropiado para tamaña empresa, estudioso doctísimo, coleccionador de - las obras de la antigua jurisprudencia, conocedor de las exigencias del momento y técnico expertísimo en la legislación. Este providencial colaborador fue el quæstor sacri palatii Triboniano.

Pero el gran impulso y la creación de la circunstancia se debieron a Justiniano. La inmensa tarea era perfectamente adecuada a la personalidad del Emperador. - De nacimiento oscuro y natural de aquella Iliria que ya había proporcionado en el siglo III los únicos hombres capaces de hacer frente a la crisis (Aureliano, Pro-

bo y Diocleciano), tuvo de la dignidad imperial y de la tradición milenaria que se polarizó en el nombre de Roma una concepción elevadísima y casi mística y vió quizá en la serie de acontecimientos que desde la nada le elevaron a la púrpura, la prueba de una voluntad providencial que le encomendaba la reconstitución de la pasada grandeza.

Esta labor tenía una doble finalidad y había de lograrse mediante las armas y las leyes: la de restituir al Imperio sus antiguas fronteras bajo el poder de un príncipe único y la de preparar una legislación adecuada a las necesidades de los tiempos, pero al mismo tiempo tan conforme a la tradición romana que resultase como la culminación de la jurisprudencia clásica. Lo primero lo realizarán los ejércitos de Belisario y de Narcés, lo segundo será obra de sus juristas.

La reunión de las leges, ya concebida por Justiniano durante el reinado de su tío Justino, es objeto de la primera constitución que lleva su nombre, la constitución Haec quae necessario (35) de 13 de febrero del 528. En ella el Emperador nombraba una comisión para que elaborase un nuevo Código utilizando los tres anteriores, así como las constituciones posteriores. Todas aquellas leyes que estuviesen ya derogadas o que no respondiesen a las nuevas necesidades podían ser, en caso preciso, modificadas, reuniendo varias en una sola o dividiendo una en varias con arreglo a las materias. Tal comisión legislativa estuvo presidida por el ex quaestor sacri palatii Juan y la integraban hombres que habían desempeñado importante papel en la obra emprendida como Triboniano, entonces funcionario subalterno y Teófilo, profesor de la escuela de Constantinopla. El trabajo fué realizado con rapidez y el Codex Iustinianus se publicó el 9 de abril del año 529 mediante la constitución Summa reipublicae y entró en vigor el 16 del mismo mes. Su vigencia no fué, sin embargo, larga, ya que este Código debió ser modernizado cuatro años más tarde, por cuya razón esta primera obra no

ha llegado a nosotros. Su estructura, comparada con la definitiva posterior, es distinta en ciertos puntos según lo prueba un índice de las constituciones recogidas en los títulos 11 - 16 del primer libro recientemente encontrado sobre un papiro de Ossirinco (POxy. XV, 1814) (36).

Justiniano acudió a los hombres de mayor competencia para una compilación — bastante más difícil y trascendental, mediante la constitución Deo auctore de 15 de diciembre del año 529. La constitución se dirige ahora a Triboniano, como — quaestor sacri palatii, que había alcanzado ya tanto renombre en los trabajos — preparatorios del primer Código que Justiniano le autorizó para escogerse él mismo sus colaboradores para la nueva empresa (37). Se trataba de recoger en los escritos de los juristas antiguos provistos del ius respondendi los fragmentos necesarios para llevar a cabo un tratado completo de aquella parte del Derecho aún vigente que, por pertenecer a la época clásica, únicamente podía conocerse mediante las obras de los prudentes. Estos fragmentos debían ser ordenados por materias en títulos y libros, procurando evitar las repeticiones y las contradicciones, modificando incluso el texto original de los mismos cuando fuere necesario. Esta compilación recibió el nombre de Digesta o Pandectae.

Triboniano constituyó la comisión con cuatro profesores (Teófilo y Cratino, — de Constantinopla, Doroteo y Anatolio, de Berito), con el comes sacrorum largitionum Constantino y once abogados de Constantinopla.

Con notoria exageración, Justiniano dijo que eran 2.000 los libros de los juristas anteriores que se habían consultado (se calcula —aclara Arangio Ruiz— que fueron 1.265).

Algunos libros de los consultados eran ejemplares rarísimos, desconocidos, — incluso, para los universitarios, pero poseídos particularmente por Triboniano.

A pesar de la cantidad de material consultado y la amplitud de la obra, ésta fué concluida con una rapidez desconcertante. Exactamente tres años después de haber recibido la orden imperial, el día 16 de diciembre del 533, una constitución bilingüe, Tanta, dirigida al Senado y ad omnes populos publicaba el Digesto y ordenaba comenzar a regir el día 30 del mismo mes.

Si se piensa en el tiempo necesario para la transcripción de los fragmentos seleccionados y para la preparación de un cierto número de ejemplares oficiales, es necesario admitir que la lectura de las obras clásicas, la selección de los pasajes a insertar en la compilación y la abrumadora tarea de distribuir y formar los títulos se llevó a cabo en unos dos años.

Antes de hacer concreciones sobre los Digesta hagamos su presentación e incitemos a su lectura y manejo con las palabras del profesor Angel Latorre que van a continuación (38).

"El Digesto de Justiniano es probablemente el libro que ha tenido más influencia en la cultura occidental después de la Biblia. Generaciones y generaciones de juristas se han formado en su estudio, y sobre sus materiales se ha construido la ciencia del Derecho de los países del continente europeo y de aquellos que de estos han recibido la civilización. No parece, por ello, inútil publicar estas páginas, cuyo propósito es hacer algunas indicaciones sobre lo que es y lo que significa el Digesto, y sobre todo, incitar a su lectura, tarea esta última que la publicación en curso de una nueva traducción al castellano hace fácilmente asequible. Creemos, en efecto, que la meditación de este viejo libro sigue siendo útil para los juristas de nuestro tiempo.

La finalidad del presente opúsculo hace que hayamos reducido notas y referencias, aunque se ha procurado que contenga lo suficiente para que el lector inte-

resado pueda proseguir sus estudios. En todo caso remitimos con carácter general a la amplia bibliografía que sobre los diversos temas aquí tratados contiene J.-Iglesias, Derecho Romano.

Recordaré también que las únicas ediciones utilizables hoy del Digesto son - la editio maior de Mommsen, 2 vols. (1870) reimp. en 1962-1963 y la minor del mismo autor que forma conjuntamente con las instituciones el vol I (17 ed. 1963) del Corpus Iuris Civilis, editado por Mommsen-Krüger-Schöll. También puede manejarse la llamada edición de bolsillo, dirigida por Bonfante et alii, reeditada en 1960. La traducción al castellano antes aludida, por d'Ors et alii, comenzó a publicarse en 1968. En la citada obra de Iglesias se encontrará relación de ediciones de otras fuentes, medios auxiliares, y diversos datos que puedan ser útiles a aquellos lectores que no tengan demasiado presente su estudio del Derecho romano. A los que se encuentren en estas circunstancias les resultará también - provechosa la breve y excelente obra de Kunkel, Historia del Derecho romano, trad. esp. 5ª ed. 1975, que contiene una selecta bibliografía. Tengan en cuenta - asimismo estos lectores que el Digesto se cita en la forma hoy usual: D. 28, 1, - 21, 1 se refiera al párrafo primero (que en realidad es el segundo, porque el - inicial se indica con la abreviatura pr. = principium o prohennium) del fragmento 31 del título primero del libro 28; y que las abreviaturas son también las - corrientes hoy en la literatura romanística. Así, Z.S.S. equivale a Zeitschrift - der Savigny-Stiftung (romanistische Abteilung ; T. significa Tijdschrift voor Rechts - geschiedenis; Z. G. R., Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft; P.W. Realenzyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft de Pauly-Wissowa. Otras - abreviaturas y referencias serán fácilmente identificables".

Los Digesta constan de 50 libros, de extensión muy desigual (desde las 7 páginas en 4ª a dos columnas de los libros VI y XXV, hasta las 32 del XL y las 34-

del I). Los libros están divididos en títulos, cada uno de los cuales va precedido de una rúbrica indicadora de su contenido, excepción hecha del título de legatis et fideicommissis que abarca él solo los tres libros XXX al XXXII. Dentro de cada título los textos de los jurisconsultos, que los antiguos romanistas llamaron leyes y nosotros preferimos denominar fragmentos, se suceden unos a otros, - aún cuando no siempre en un orden rigurosamente sistemático. Cada texto lleva su inscriptio en la que se indican el nombre del jurisconsulto y la obra, así como el libro o sección de donde procede. Para mayor facilidad en las referencias y - citas, la práctica dividió después los fragmentos más amplios y complejos en --- principium y párrafos (39).

Es oportuno aclarar que no fueron utilizados en la misma medida todos los jurisconsultos clásicos, pues mientras los textos de Ulpiano ocupan casi una tercera parte de las Pandectas, hay autores de quienes sólo se utiliza un solo fragmento de dos o tres líneas a lo sumo.

Hemos de añadir que algunos títulos o largas series de fragmentos de estos - están tomados, fundamentalmente, de una sola obra, intercalando en ciertos lugares textos breves pertenecientes a otros autores. Esto no se da tan corrientemente que pueda restar variedad y riqueza al conjunto de la compilación.

Ha preocupado siempre hondamente a los autores, la rapidez con la cual la comisión legislativa creada por Justiniano parece leyó la extraordinaria cantidad de libros clásicos puestos a su disposición, eligió los textos merecedores de -- ser incluidos en el Digesto y ordenó estos en distintas rúbricas.

Contribuyó notablemente a aclarar esta cuestión el descubrimiento que hizo - el romanista alemán Bluhme en 1820, plenamente comprobado después (40), del - método seguido en la organización y distribución del trabajo. Por el orden regu-

lar en que se presentan las obras de los juristas en cada título del Digesto resulta, en efecto, que con ellas se hicieron cuatro grupos o "masas" con sus oportunas listas y que la comisión se subdividió en otras tantas secciones, cada una de las cuales se encargó de examinar y seleccionar uno de esos grupos y de distribuir después los resúmenes entre los distintos títulos.

La mejor viñeta final al tema del Digesto es recomendar su lectura, o mejor, sus relecturas.

Siguiendo las compilaciones justinianeas ocupémonos ahora de las Instituciones.

Mientras se estaba realizando la compilación del Digesto, Justiniano dió la orden a Triboniano, Teófilo y Doroteo de compilar, para uso de los escolares, un pequeño tratado elemental que sustituyese a las Instituciones de Gayo, según había sido ya anunciado en la Constitución Deo Auctore. El encargo se cumplió rápidamente y con la constitución Imperatoriam de 21 de noviembre del 529 se publicaban, dedicados a la cupida legum inventus, las nuevas Instituciones justinianeas. Tanto en el sistema adoptado, como en la división en cuatro libros, esta obra se inspiró en el célebre modelo gayano; pero los compiladores consultaron, de conformidad con las directrices imperiales, todas las demás Instituciones clásicas (de Florentino, Marciano, Paulo y Ulpiano) y recurrieron ampliamente a aquella paráfrasis de Gayo que circulaba con el nombre de Res cotidianae. Se utilizaron también algunos fragmentos del Digesto que estaba entonces casi terminado, y para las noticias relativas a las innovaciones justinianeas acudieron al Código publicado en el año 529 y a las constituciones publicadas posteriormente.

A diferencia de lo que se había hecho en el Código y se estaba realizando en

el Digesto, los fragmentos de las Instituciones no llevaron indicación alguna de las fuentes de donde procedían, pues se hizo de modo que, mediante los oportunos retoques, resultase hablando en primera persona el Emperador. No obstante esto, — el método compilatorio "a cadena" es el mismo y los autores modernos —sobre todo Ferrini— han podido establecer, mediante indagaciones estilísticas e históricas, el origen casi indudable de cada fragmento (41).

El primero de sus libros trata de las personas, el segundo, que se inicia — con las distintas clasificaciones de las cosas, estudia la propiedad y los demás derechos reales, exponiendo después la materia de los testamentos; el tercero, — se ocupa de la sucesión intestada, de las obligaciones de origen contractual y — de la doctrina general de las obligaciones; el cuarto trata de las obligaciones procedentes de delitos y las acciones judiciales del procedimiento privado, con un breve apéndice penal en su último título de publicis iudiciis. Cada libro está dividido en títulos, cada uno de los cuales lleva su rúbrica indicadora de su contenido. Los títulos, a su vez, se dividen, al igual que los fragmentos más — extensos del Digesto, en una introducción (llamada principium o proemium) y en — párrafos numerados (42).

Aún cuando publicadas como manual para la enseñanza del Derecho romano en el primer curso escolar, las Instituciones recibieron por la constitución Ianta autoridad normativa al ordenar que, a partir del 30 de dicho mes, tuviesen valor — de ley a la par que los Digesta.

Mientras se atendía así en amplia medida y por primera vez a la compilación oficial de los iura, quedó anticuada la primera colección de leyes promulgada — por Justiniano. La compilación del Digesto había sido precedida por una serie de constituciones destinadas a resolver un gran número de problemas de gran impor—



tancia práctica sobre las que fué preciso indicar a los comisionados una solución cierta (43). Es probable que, a la par que se ordenaba la compilación del Digesto (15 de diciembre del 530), esas constituciones hubiesen sido reunidas en un volumen titulado Quinquaginta decisiones. Iniciada la selección de materiales para la nueva obra, debieron plantearse nuevos problemas que exigieron la promulgación de otra serie de constituciones en los años 531 y 532, las cuales, por las materias de que tratan y por la constante referencia a las obras clásicas, resultaron, como ya el propio Justiniano decía, "ad Commodum propositi operis pertinentes" (44).

Por ello hacíase preciso llevar a cabo una nueva edición del Código en la que se incluyesen las nuevas disposiciones y se eliminase todo cuanto en la primera estuviese en contradicción con ellas. De esta revisión fueron también encargados triboniano, Doroteo y tres abogados. Con la habitual rapidez se terminó la labor en menos de un año y mediante la constitución Cordi de 15 de noviembre del año 534 se publicó el Codex repetitas praelectionis que es el único que ha llegado a nosotros.

El Código está dividido en 12 libros, el primero de los cuales se ocupa, al igual que el primero del Digesto, de las fuentes del Derecho y de los Officia de las distintas autoridades; pero anteponiéndose en éste la legislación referente a las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Los libros II al VIII tratan del Derecho privado; el IX está dedicado a Derecho penal y los tres últimos al Derecho administrativo y al Derecho financiero. Los libros están divididos en títulos, cada uno de los cuales lleva su rúbrica. Dentro de cada título las constituciones están ordenadas cronológicamente, acompañadas cada una de su inscriptio, donde figura el nombre del Emperador que la dió y la indicación del particular o de la autoridad destinataria, y una subscriptio con la fecha de la misma. Las más extensas presentan la división escdástica en

principio y párrafos (45).

Así, en el breve espacio de seis años, quedó terminada la gran obra codificadora emprendida por el Emperador Justiniano. Más no por ello cesó la actividad legislativa de éste. Durante los treinta años siguientes y sobre todo hasta el 512, fecha probable de la muerte de Triboniano, publicó un notable número de Novellae constitutiones en latín o en griego, reguladoras por lo general, de cuestiones secundarias, pero, en ocasiones, profundamente innovadoras y, a veces, tan extensas que constituyeron la reglamentación completa de ciertas instituciones jurídicas - privadas como el matrimonio y la sucesión legítima. Justiniano exteriorizó más de una vez su propósito de hacer una colección oficial de estas Novelas, y aún cuando no llegara a realizarse con este carácter, si fueron reunidas por algunos particulares.

Al parecer, la más antigua de estas colecciones es la llamada Epitome Iuliani publicada alrededor del año 555 por un tal Juliano, quizás profesor en Constantinopla, que contiene el resumen latino de 123 Novelas, aparentemente 124, pero hay dos duplicadas.

Otra colección más extensa que alcanza hasta el año 556 y reunía 134 Novelas, es el denominado Authenticum, cuyo nombre procede, según se dice, de que en el siglo XI, en los comienzos de la escuela jurídica de Bolonia, la colección se consideró falsa mientras más tarde se le reputó auténtica. Está muy difundida, en la actualidad, la opinión de que esta colección fué preparada en Italia después del año 1.000. Por lo general, todas las Novelas se reproducen in extenso; las latinas, en su original; las griegas, en una traducción que pretende ser liberal, pero que no siempre merece que se la tome en consideración.

Mejor aún que la anterior es la colección que recoge todas las Novelas, tanto griegas como latinas, en su idioma original y que fué realizada hacia el año -

578 reinando Justiniano II y Tiberio II. Está integrada de 158 Novelas de Justiniano, 4 de Justino II y 3 de Tiberio II. En algunos manuscritos figuran, además, una serie de edictos justinianos, los cuales no se diferencian formal y materialmente de las Novellae constitutiones propiamente dichas.

La historia del Derecho romano puede decirse que termina —dice Arangio Ruiz (46)— con la compilación justiniana, aún cuando se la considere en relación con el desenvolvimiento posterior en los países europeos. En efecto, el renacimiento de los estudios romanistas en Italia desde el siglo XI en adelante y la posterior recepción del Derecho romano en todos los países neolatinos y en la misma Alemania se fundaron, exclusivamente, en la obra legislativa de Justiniano, venerada como expresión perfecta e insuperable de la ciencia jurídica.

Es preciso, sin embargo, no olvidar que, en los países de Oriente, en donde se elaboró, la compilación solo representó una etapa, aún cuando importantísima y gloriosa, de una evolución jurídica en marcha. Las fuentes posteriores, desdeñadas por los juristas prácticos de Occidente, bien por haber sido escritas en griego, bien por haberse dado cuenta exacta de su progresivo alejamiento de la pura doctrina romana, fueron consultadas siempre que el estudio histórico de este Derecho predominó; y aún hoy son ampliamente estudiados, al permitir con frecuencia ver explicadas ciertas doctrinas prácticas que en la compilación apenas si se aprecian en textos interpolados y hacer posible fijar, con mayor exactitud los límites entre el pensamiento clásico y el de los hombres de ciencia de Berito y Constantinopla. A estas fuentes postjustinianas corresponde de modo especial el nombre de fuentes bizantinas, no obstante que, en ocasiones, se califican de bizantinas también a las colecciones justinianas y a las ideas no romanas que particularmente en ellas se recogen.

Que la evolución del Derecho pudiese continuar después de su gigantesca — obra, fué, en verdad, algo increíble o por lo menos inesperado para Justiniano. Como pretendió que su compilación no contuviese oscuridad alguna, ni contradicciones, estimó que, al dejarla expuesta a la libre actividad exegética de los — juristas, se produciría pronto una incertidumbre en el derecho aplicable, análogo a aquella que se padeció en la época postclásica. Por esta razón, prohibió — formalmente, con la conminación de severísimas penas, toda obra de comentario, — autorizando tan sólo las traducciones literales del texto latino, es decir, reg lizadas palabra por palabra y que al pie de los distintos títulos se compusie— sen índices sumarios con las oportunas llamadas o referencias a los textos para lellos. Disposiciones éstas absurdas que no fueron observadas ni en vida del pro pio Emperador y que tal vez el mismo autorizara a violar, concediendo para fi nes didácticos algún privilegio especial.

Esta última suposición surge espontánea en quien examine la única obra di— vulgadora de parte de la compilación que nos ha llegado directamente, es decir, la Paráfrasis griega de las Instituciones. En efecto, no solo fué elaborada du— rante el reinado de Justiniano, sino que —según el testimonio de los antiguos, esterilmente combatido por Ferrini— su autor fué uno de los compiladores ofi— ciales de las Instituciones, el profesor de Constantinopla Teófilo, en los me— ses que siguieron inmediatamente a la compilación. No es, sin embargo, ni un re sumen, ni una traducción literal, sino una exposición notablemente más amplia, — con extensas aclaraciones de los puntos que podían parecer oscuros y con rica — colección de ejemplos.

Esta Paráfrasis es de gran valor para nosotros, no solo porque ilustra las— tendencias legislativas de Justiniano, sino porque revela el modo como los beri „ tenses interpretaban los clásicos y se representaban las instituciones del Dere— cho antiguo.

Se suceden después los índices al Digesto, al Código y a las Novelas.

"En el siglo VIII se publica, por mandato de León el Isáurico y de su hijo—Constantino Coprónimo, un extracto, en lengua griega, de las obras de Justinia—no, conocido bajo el nombre de Ecloga legum. Del siglo IX son dos obras —abreviaturas del Corpus iuris— para uso de los tribunales, que ordena realizar Basilio el Macedo: el Procheiron y la Epanagoge (47).

Obra de mayor alcance es la iniciada por Basilio el Macedo (867-886) y acabada por su hijo León el Filósofo (886-911). Se trata de los Basilicos (48) o Libri Basilicorum, obra en lengua griega, donde se refunde todo el material del Corpus iuris, según criterio unitario y en consonancia con el orden del Codex. Para su redacción se toma como material básico la summa del Anónimo y los índices antes mencionados.

Los Basilicos constan de 60 libros, divididos en títulos y estos en párrafos. A su contenido originario se agrega luego, en los siglos X al XIII, el de numerosos escolios.

De los Basilicos se han hecho muchos extractos, entre los cuales una Synopsis Basilicorum, del siglo X, y otra más breve y posterior —Synopsis minor—, donde las materias son tratadas por orden alfabético. Índice o repertorio de los Basilicos es el Tipucitus (49), del siglo XII.

Un extracto es, por último, el Hexabiblos (50), trabajo privado —de Constantino Harmenópulo, juez de Tesalónica— del año 1345, hecho a la vista de la Synopsis, el Procheiron y otras obras de segunda mano. El Hexabiblos estuvo vigente —durante el poderío turco, y adquirió fuerza legal en Grecia, en 1835" (51).

N o t a s

- (1) J. Castillejo, Historia del Derecho Romano, 268.
- (2) Iupiter, el dios "luminoso, diurno" del Panteón romano, toma su raíz del dios de los umbros Iuve, añadiéndole la advocación de "padre", Iupater. En dicha raíz "iu" se apoyó para algunos la supuesta derivación de la - voz latina ius.
- (3) Véanse los intentos de Schwegler, Puchta, Leist y más tarde Piganiol, - Les origines de Rome, París 1925.
- (4) De Inventione, II, 65 y 67.
- (5) J. Iglesias, Derecho Romano, 42-43.
- (6) Cfr. Arangio-Ruiz, Instituzioni, 25.
- (7) Sobre la distinción moderna, con arranque en los Glosadores, entre costumbre secundum legem, praeter legem y contra legem, cfr. D. 1, 3, 32, 1; cod., 33 y 37.
- (8) J. Iglesias, Derecho Romano, 43.
- (9) Gellio, 10, 20, 2.
- (10) La etimología es discutida: ligere (ligar); legare (mandar, estatuir); - legere (comunicar leyendo).
- (11) Es la interpretación de Rubino, de Ihering y, posteriormente de Bonfante, que considera la ley como un foedus análogo a los celebrados entre los - gentiles.
- (12) Estas denominaciones no son del Corpus iuris.
- (13) Mommsen creyó que la facultad de dar leges datae estaba incluida en el - imperium del magistrado, Krüger y Kornemann suponen que era necesaria con cesión especial de los comicios y auctoritas del Senado.
- (14) Pomponio, D. 1, 2, 2, 12. "Est proprium ius civile quod sine scripto in - sola prudentium interpretatione consistit, de Francisci supone que este concepto fué tomado de Varrón."



- (15) J. Iglesias, Derecho Romano, 45.
- (16) Mommsen, enumera estas dispensas en su *Römisches Staatsrecht*.
- (17) Se hallan ya estas intervenciones desde 193 a. de C., para hacer frente a la usura, según Tito Livio (XXXV, 7). Lo mismo en el S.C. de *Bacchanalibus*, de 186. Y en otro invitando al magistrado a denegar la acción en favor del que se hiciera vender como esclavo pretii participandi causa.
- (18) Así el Catón sobre el lujo, y el de L. Licinio Craso sobre enseñanza de la retórica, que le parecía desmoralizadora.
- (19) No se sabe la fecha en que comenzaron a aparecer los edictos del pretor. En las comedias de Plauto, escritas hacia comienzos del siglo II, se han hallado frases que parecen alusiones al texto del edicto.
- (20) "Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis". Marciano, D, I, 1, 8.
- (21) Un punto aún no dilucidado en qué relación se hallaba el magistrado con las leyes. Krüger sostuvo que se hallaba sometido a ellas; pero lo cierto es que el juramento de obediencia no lo encontramos hasta el siglo II. — Schultze creyó que desde la ley Aebutia el pretor quedó por cima de la ley. Betti considera el edicto como una limitación y reglamentación que el pretor impone a su poder discrecional.
- (22) Las fechas en que cada una de esas innovaciones fué introducida en el edicto son desconocidas.
- (23) D. 1, 4, 1 pr.; Inst. 1, 2, 6. Cfr. Wieacker, *Textstufen*, p. 206, p. 445, n. 104.
- (24) Las expresiones correspondientes en griego a los iura y a las leges es causa de confusión en los documentos traducidos del griego al latín. Sobre los precedentes helénicos de la oposición, véase "Riv. filol. class.", N.S. 15, 1937, págs. 268 ss.
- (25) Respecto a las fechas y problemas relativos a las colecciones de constituciones desde Gregorio a Justiniano, véase la obra fundamental de G. Rotondi, *Studi sulle fonti del cod. Giust.*, en "Scritti giuridici", 1 págs. 110 y ss.

- (26) 3: "Ex his autem tribus codicibus et per singulos titulos cohaerentibus prudentium tractatibus et responsis, eorundem opera qui tertium (es decir, la reunión de las constituciones a partir de Constantino) ordinabunt, noster erit alius, qui nullum errorem, nullas patietur ambages, qui nostro nomine nuncupatus sequenda omnibus vitandaque monstrabit".
- (27) J. Iglesias, Derecho Romano, 56 ss.
- (28) Ediciones: Mommsen, *Collectio*, III, p. 20 ss.; Baviera, *Fontes*, 2, p. 464 ss. entre otras.
- (29) Ediciones: Krüger, *Collectio*, 2, p. 201 ss.; Köbler en Huschke, — *Iurispr. anteiust.*, II, 2, p. 490 ss.; entre otras.
- (30) Ediciones: Bruns y Sachau, *Syrisch-Römische Rechtsbücher*, 1, Berlin, 1907, Traducciones latinas de Ferrini, en sus *Opere*, 1, p. 397 ss., y en Baviera, *Fontes*, 1, p. 753 ss., revisada por Furlani.
- (31) A tenor de la teoría de la personalidad, imperante durante cerca de un siglo, la población romana sojuzgada se regiría por tales leyes, en tanto que la población goda tendría leyes propias, desde el Código de Eurico hasta el de Leovigildo. Contra tal teoría se pronuncia García Gallo. A la tesis del citado autor se adhieren entre — otros, Leicht, D'Ors, Merêa.
- (32) Edición: Haenel, *Lex Romana Wisigothorum*, Leipzig, 1849. Baviera, *Fontes*, 2, p. 655 ss., contiene un epitome del Código Gregoriano y otro del Código Hermogeniano, más dos apéndices de la L.R.W.
- (33) Ediciones: v. Salis, en los *MON. GERM. HIST.*, *Legum sectio I*, tom. II, p. 1 (Hannover, 1892), p. 123 ss., reproducida en Baviera, — *Fontes*, 2, p. 714 ss.
- (34) Ediciones: Blöme, *MON. GERM. HIST.*, *Leges*, V (Hannover, 1875), p. 149 ss.; Pandellotti, *Fontes iuris italici medii aevi*, Augustae — Taurin, 1877, p. 3 ss.
- (35) Las constituciones que acompañan la labor compiladora se suelen citar con las palabras iniciales de las mismas, al igual que ocurre — con las encíclicas pontificias.



- (36) Véase De Francisci, "Aegyptus", 3, 1922, págs. 68 y ss.
- (37) Parece definitivamente probado que la iniciativa de la compilación del Digesto partió de Triboniano.
- (38) A. Latorre, Iniciación a la lectura del Digesto, 9, 10.
- (39) El modo de citar más usual, consiste en esta como para las demás — fuentes, en anteponer la inicial D. de la palabra Digesto a los — guarismos indicadores del libro, título, fragmento y cuando sea po — sible, del párrafo.
- (40) Blume, Die Ordnung der Fragmente in den Pandecteniteln, en "Z. für gesch. Rechtswiss.", 4, 1820 págs. 257 y ss.
- (41) Se ha planteado por alguien el problema de la división del trabajo entre los dos profesores que formaban parte de la comisión. Sin — embargo, mientras parece que los dos primeros libros fueron redac — tados por una sola persona y el tercero y el cuarto por otra, no — se ha podido aún determinar seriamente a cual de esos profesores, Teófilo y Doroteo, corresponde cada parte (es débil la argumen — tación de Albertario en Intrd. stor. 32, n, 32).
- (42) El modo de citar más usual es asimismo en este caso indicar después de la sigla I (—Institutiones) los números correspondientes a las diferentes subdivisiones.
- (43) El hecho que antes de poner manos en el Digesto se pudiese así fijar minuciosamente el plan de la reforma de las distintas materias es un argumento más para considerar que el material correspondiente había sido ya parcialmente recogido y trabajado en compilaciones privadas.
- (44) Sobre las quinqueginta decisiones, véanse Rotondi, Ser. giur., 1, — páginas 227 y siguientes, y Bonfante, "Bull. Ist. dir. rom.", 32, — 1922, páginas 278 ss.
- (45) El modo de citar es el usual: por ej., C. 4, 8, 2.
- (46) V. Arangio-Auiz, Historia del Derecho Romano, 480.
- (47) Ediciones. Zachariae von Lingenthal, 1837; J. y P. Zepos Ius Graeco-Romanum, 2 Brandileone y Puntori, Prochiron legum, publicato secondo il Cod. Vat. Gr. 845. Fonti per la storia d'Italia, 1895.

- (48) Ediciones: Heimbach, Basilicorum libri L X, Leipzig, 1833-1870; Suppl., 1, ed. Zacharias von Lingenthal, Leipzig, 1848; Suppl. 2, ed. Mercati y Ferrini, 1896.
- (49) Ediciones: M. Kritou Patza Tiponkeitos sive Librorum 60 Basilicorum Summarium 1 (libros 1-12, 1914) por Ferrini y Mercati.
- (50) Chloros, The "Hexabiblos", Acta Juridica, 1 (1958), p. 170 ss.
- (51) J. Iglesias, Derecho Romano, 67-68.

## CAPITULO VIII

LA PROMOCION DEL DERECHO ROMANO:  
PUEBLO, JURISPRUDENCIA Y PRETOR

La evolución de las fuentes del Derecho romano estuvo condicionada por la - evolución política de Roma. La hora de la costumbre, de la ley, del plebiscito, del senadoconsulto o de la constitución imperial, fué marcada en cierto modo -- por el cambio político.

Sin embargo, las velas romanas del Derecho se vieron de continuo favorecidas por un viento de promoción y de promisión que contribuyó en gran medida al mantenimiento del rumbo deseable.

El ritmo del Derecho romano fué un misterio de permanencia e ininterrumpido adelanto e iniciación.

En este sentido las fuentes son secundarias, lo que hay que preguntarse es -- ¿de dónde viene la savia vivificante, que hace posible, durante siglos, los nuevos brotes del viejo tronco jurídico?

A esto hay que contestar que este milagro de remozamiento, o si se quiere, - de eterna juventud, fue obrado por el pueblo romano, la jurisprudencia y el pretor. Veamos la parte que, en él, cupo a cada uno.

En el principio y después fue el PUEBLO romano el gran alentador del Derecho. Por esto, porque lo buscó comunitariamente se encontró Roma con el Derecho.

El pueblo, cuando es verdadero pueblo es agente, toma su posición jurídica; la masa, en cambio, es pasiva y explotable.

Esta diferenciación de aptitudes y actitudes sociales —de la aptitud suele salir la actitud— puede explicarnos muchas cosas del acontecer romano.

El pueblo romano ejerció como tal, sabiendo resistir las tentaciones multitudinarias e invertebradas. Hasta en sus reivindicaciones sociales cuando un sector se retiraba al monte Sacro y al Aventino lo que pretendía era la integración y no el desplome del Estado Romano.

El pueblo romano tenía, claro y poderoso, ese instinto, que las sociedades modernas van perdiendo seducidas por cantos de sirena, el sacratísimo instinto de conservación, que nos hace sentir como nuestro el destino de una patria común. Mommsen nos explica la integración romana con estas lúcidas palabras (1): "Sin abandonar nunca su autonomía en provecho del centro, han experimentado y activado, sin embargo, el sentimiento de una dependencia común y recíproca, y preparado la transición necesaria del "particularismo" cantonal, por donde comienza la historia de todos los pueblos, a la unidad "nacional", por donde acaban o deben acabar la revolución de su progreso".

Aludiendo a los mejores tiempos un sutil romanista escribirá (2): "Es propio de las razas pasivas padecer sed de novedades y esperarlas mediante revoluciones; por el contrario, el pueblo romano, activo, poco generalizador y poco imaginativo, gusta de la estabilidad y cambia por evolución". Estas palabras se hacen más irrefutables si, sobre todo, se refieren a la evolución jurídica.

La intervención del pueblo como promotor del Derecho se refleja en la concepción del Estado romano y se actualiza en las asambleas cívicas. "Los romanos

no llegaron nunca a despersonalizar tanto el concepto de estado como nosotros. Para ellos, el estado no era un poder abstracto, que aparece frente al individuo ordenando o permitiéndole algo, sino simplemente el conjunto de personas — que lo componen, es decir, el estado eran los propios ciudadanos. De ahí que no conocieran para él más nombre que el de comunidad de ciudadanos: Populus Romanus siguió siendo la denominación técnica del Estado romano, mientras hubo una tradición republicana, esto es, hasta bien entrada la época del Imperio.

La comunidad de ciudadanos que dió al Estado su nombre era, al propio tiempo, el organismo supremo, al menos en la época republicana. En su asamblea (comitia, de com - ire, reunirse) se decidía sobre paz o guerra, se elegían los magistrados y se votaban las leyes. El pueblo aparece siempre constituido en grupos y no como una multitud desordenada" (3).

Existieron tres formas de agrupar al pueblo que fueron apareciendo en distintos períodos y que no eran entre sí nada similares.

Los comitia curiata, o comicios por curias, tienen un origen remoto, que quizá entronque con la aparición del Estado romano.

Estas curias (co-viria, "agrupación de varones"), llegaron al número de 30 y cada 10 formaban un "tercio" (tribus), eran agrupaciones religiosas con cultos y ministros propios, semejantes a las "fratrias" o "hermandades" de las ciudades griegas.

El ordenamiento por curias formó también la base del ejército, esto hace sospechar que los plebeyos tuvieran en ellas alguna participación, si bien en estas asambleas se hiciera sentir predominantemente la influencia de los linajes patricios.

Los comitia curiata en la época monárquica parece ser que se reunían "cuando se tomaban los primeros auspicios para el rey y en funciones referentes a ritos" y se ignora si en determinadas circunstancias tomaron decisiones propiamente políticas.

La segunda forma de agrupación popular romana desde sus comienzos tuvo misiones políticas, se trata de los llamados comitia centuriata de origen militar y ordenados en centurias de infantes procedentes de los campesinos plebeyos más acomodados que al mismo tiempo que son fuerza de choque en el campo de batalla, según la táctica hoplítica, procedente de Grecia, inician así su participación y equiparación política frente a las familias patricias.

Parace ser que las XII Tablas no ignoran los comicios centuriados (tab. IX, 2: comitatus maximus).

Según la llamada constitución serviana los comicios centuriados pierden su carácter militar y pasan a ser un modo de regulación del sufragio y los impuestos.

De esta manera pasan los ciudadanos a formar clases según su patrimonio, dividiéndose cada una en centurias.

"Esta división de los ciudadanos ya no atendía a criterios militares; parece evidente que es consecuencia de un cálculo aritmético del sufragio político, dirigido a asegurar a la timocracia el predominio en la forma más importante de asamblea popular".

De los comicios centuriados salían elegidos los magistrados mayores (cónsules, pretores, censores) tras la propuesta del magistrado que convocaba la asamblea."

blea, por regla general, el cónsul. Por otra parte en estas asambleas se votaban las leyes y se decidía sobre la guerra y la paz de manera pública y solemne. Tenía también la competencia exclusiva en los procesos políticos en que fuera necesario decidir la imposición a un ciudadano de la pena capital (de capite civis).

A diferencia de los comicios centuriados—escribe W. Kunkel (4)— los comitia tributa, tercera y última forma de las asambleas populares romanas, tenían ya desde un comienzo, un marcado carácter civil. En ella se dividía a los ciudadanos por su pertenencia a circunscripciones del territorio romano, que, al igual que las tres fracciones de ciudadanos de las curias, llevaban el nombre de tribus (no se sabe, sin embargo, cual sea la relación entre ambas instituciones). Originariamente había 20 circunscripciones; cuatro de ellas, las tribus urbanae, se encontraban en el recinto de la ciudad; las demás, que llevaban nombres de linajes patricios, en las cercanías de Roma (tribus rusticae). Desde el siglo V hasta la mitad del siglo III a. C. ascendió el número total de las circunscripciones a 35, a medida que se fueron fundando nuevas tribus rústicas sobre el suelo conquistado. No se rebasó este número, a pesar de que el territorio del estado romano aumentó luego hasta llegar a abarcar toda Italia. Lo que se hacía ahora era adscribir las comunidades, que entraban en la federación romana, a una de las tribus existentes, así como a las personas que adquirían la ciudadanía. Con ello, la división por tribus perdió progresivamente su referencia territorial, hasta convertirse, por último, en una pura distribución personal de los ciudadanos.

En los comicios por tribus, los miembros de cada una de ellas constituían una mitad de sufragio que tenía una función parecida a la centuria en los comicios centuriados: decidía la mayoría de las tribus y no la mayoría de los ciuda

danos con sufragio, y como —al menos en la época arcaica— las numerosas tribus rústicas, que constaban de pocas cabezas, encerraban la riqueza inmobiliaria y, en cambio, las pocas pero nutridas tribus urbanas contenían la población urbana, que, en su mayor parte, no tenían inmuebles, el elemento conservador tenía también asegurado su predominio en esta forma de asamblea cívica, en que se elegían los magistrados menores y se imponían penas pecuniarias por infracción de leyes.

Los ciudadanos solo se ordenaban por curias, por centurias y por tribus con el objeto de votar las mociones de ley (rogationes) o las propuestas electorales del magistrado que presidía la asamblea. Las notificaciones del magistrado y discursos de las personalidades que introducía éste tenían lugar en una asamblea amorfa (contio). Ahora bien, en todo caso los ciudadanos solo se reunían —si el magistrado competente los convocaba, pues a diferencia, por ejemplo, de las democracias griegas, la asamblea no tenía el derecho de iniciativa; ella solo podía aceptar o rechazar las propuestas que se le presentaran.

La JURISPRUDENCIA, o actividad de los jurisconsultos en el ejercicio de determinadas funciones a ellos concernientes, es el gran motor que impulsa el Derecho romano hacia sus cotas más altas.

Ulpiano (5) dice en su conocida definición que jurisprudencia es "divinarum atque humanarum, rerum notitia, iusti atque iniusti scientia". Como aclara Alvarez Suárez (6) esta definición se inspira en la filosofía griega, concretamente tiene que ver con los modos del saber. Según esto la prudencia (frónesis) es —virtud que nos incita a realizar los actos buenos y rehuir los malos una vez — que la sapientia nos ha instruido sobre la bondad y la maldad de la conducta.

Aplicando esta doctrina al Derecho tendremos una sapientia iuris, que será—



el conocimiento de las cosas relativas al Derecho y, por tanto, el ius divinum y el ius humanum.

Cabe también interpretar la expresión de Ulpiano como la necesidad de múltiples y vastos conocimientos de todo orden por parte del jurisprudente para desempeñar su egregia función.

En los comienzos de la época republicana monopolizaba la jurisprudencia el colegio de los pontífices.

La redacción de formularios y el responsum o evacuación de las consultas — que los particulares instaban del colegio pontifical en pleno o de alguno de sus miembros en particular, aunque no obligaban al juez nombrado para la resolución del litigio, solían tener influencia decisiva a la hora de dictar la — sentencia.

Los dictámenes de los pontífices partían de los hechos expuestos por los particulares y se condicionaban a la certeza y veracidad de lo; hecho; alegados, entrando solo en la cuestión de derecho y jamás, como queda dicho, en la comprobación de las alegaciones del consultante.

Las XII Tablas al dar forma escrita a algunos principios legales dejó fuera de la iniciativa pontifical algunas cuestiones, no obstante, el arbitrio de los sacerdotes siguió siendo muy amplio en materias relativas a la evolución — del derecho, en todo momento actuada por el colegio pontificio.

“En el año 304 a. de C. —puntualiza Arangio Ruiz (7)— el monopolio doctrinal de los pontífices sufrió un rudo golpe al publicarse las “actiones” por el secretario de Appio Claudio el Ciego, Cneo Flavio. El hecho de que esta pu-

blicación fuese considerada obra de un modesto amanuense, se explica, sin dificultad, habida cuenta de la audacia que suponía, en aquellos tiempos, arremeter así contra una tradición tan antigua como la propia Roma y particularmente cara a las clases elevadas; pero, es fácil comprender que ese copista solo fué un — testafierro de Appio Claudio, primer personaje verdaderamente histórico y eminente que apareció en el mundo romano. Nada sabemos sobre los medios que empleara Flavio para lograr su propósito; más la opinión según la cual sustrajo los formularios es poco creíble, pues semejante acto hubiera sido calificado de sacrilegio y los magistrados hubiesen prohibido su publicación. Lo probable es, en cambio, que el despierto amanuense recogiese, poco a poco y con la protección — de su jefe, las "actiones" que se iban concediendo en los tribunales y que después diese a conocer, en varios ejemplares manuscritos, la colección que había conseguido reunir. Esta labor logró tal éxito que, según nos relata la tradición, su autor Cneo Flavio fué elevado, a pesar de su humilde condición, al cargo de edil".

Fué Tiberio Coruncanio, el primer plebeyo que accedió a la dignidad de pontífice máximo, el que consumó la secularización y divulgación del Derecho, al — dar publicidad a la actividad jurídica del colegio pontificio.

Desde entonces los pontífices "sufren la competencia de aquellos individuos de la nobilitas que, sintiéndose atraídos por los estudios jurídicos quisieron — ganar fama y popularidad aconsejando a los particulares, apoyados, exclusivamente, en su prestigio personal".

Es preferentemente a esta actividad jurídica no pontifical que entonces aparece a la que los romanos dan el nombre de iurisprudencia.

La jurisprudencia ejerce su actividad a través de tres funciones de singular importancia: respondere, cavere y agere. "Respondere" entrañaba la emisión —

de dictámenes sobre cuestiones jurídicas que se le planteaban, tales como la interpretación de un contrato o un testamento, sobre el ámbito de los derechos y de las obligaciones establecidas, en determinadas circunstancias, por la costumbre o por la ley y otras cuestiones.

Cavere, comprendía el asesoramiento a las partes en punto al cumplimiento de los requisitos precisos para la validez y eficacia de un negocio jurídico.

Agere, en un principio —posteriormente se le daría el sentido de defensa de los litigantes ante el juez— era la función propia del jurisconsulto consistente en asesorar si procede o no la interposición de una acción, es decir, ayudar al interesado en la elección y adaptación de los modelos procesales más convenientes a sus propósitos e intereses.

Para hacernos una idea cabal de lo que suponía en la Roma republicana el —ejercicio, gratuito y público, de la jurisprudencia, sigamos al romanista toscano ya citado (8).

"Aquellos miembros de la nobleza romana que se dedicaban al estudio del Derecho, no perseguían otra finalidad que el apresto de los medios técnicos apropiados y, cuando más —para quien quiera hallar aquí también a toda costa un fin egoísta— alcanzar fama y popularidad. De aquí que cifrasen todo su orgullo en que les aguardasen ante su puerta todas las mañanas los consultantes, quienes con su número daban fe de su celebridad. Y allí mismo, en la propia casa —del jurista abierta a todo el mundo, se daba pública respuesta a la consulta, la cual servía, al mismo tiempo, de enseñanza para la multitud. Para su presentación en el juicio se escribía esta respuesta sobre tabletas enceradas que se sellaban después por los testigos (testatio) a no ser que el jurista creyese oportuno informar, directamente, al juez por carta. Los jóvenes que pretendían, a su vez, alcanzar una preparación y competencia jurídicas, seguían atentamente —

la actuación del jurista maduro y experimentado, anotaban las respuestas que da ba y, llegado el caso, solicitaban de éste, cuando los consultantes se habían - alejado, las pertinentes aclaraciones, lo cual, a veces, llevaba a suponer ca-- sos más o menos análogos de aquellos que se habían presentado en la práctica, - con objeto de someter, ampliamente, a la prueba de la experiencia, el alcance - de los principios jurídicos y de sus efectos. De este modo, de la actividad --- práctica diaria, surgió la enseñanza.

Por último, y siguiendo esta trayectoria, se estimó llegado el momento de - divulgar , más allá del círculo de los "auditores", las respuestas de los juris tas, eliminando de ellas, previamente, los nombres de las partes. Esta idea fué llevada a la práctica, unas veces por el propio maestro, otras por sus discipu- los, reuniéndose tales respuestas según un cierto orden sistemático, que hubo - de hacerse tradicional con el tiempo, y en su virtud todas las colecciones empe zaban con la materia de los testamentos a la que seguían las mancipationes, los complejos regímenes de la dote y de la tutela, para terminar con las obligacio- nes de origen delictual y contractual.

En otras ocasiones, la adquisición de una rica experiencia sobre una deter- minada rama del Derecho privado, sugirió la idea de tratar de ella en una obra- especial (monográfica, como diríamos hoy). En este aspecto se llegó pronto a --- apreciar, ante la realidad, que no era suficiente ese acopio de respuestas, --- sino que estas debían siempre integrarse en la decisión o resolución anticipada de otras cuestiones previsibles, elevándose, sobre todo, de los datos particula- res a la formulación de un concepto general de la institución, para diferenciar la luego de sus afines y establecer las interferencias que tuviese con otras --- normas vigentes.

La experiencia jurídica prefirió, otras veces, expresarse en forma de comentarios a un determinado texto legislativo; en particular de las XII tablas. Fueron igualmente útiles, por último, las colecciones de "cautiones" y "actiones", negocios típicos extrajudiciales, que servían de prontuarios para las distintas necesidades de los procesos y de los negocios.

Toda esta producción generó una literatura jurídica, que, si, en un principio, fue escasa y sometida a la peculiaridad de las hipótesis concretas, se enriqueció y amplió, paulatinamente, con nuevas aportaciones y supo remontarse, - gradualmente, de los temas particulares a la sistematización del Derecho.

La realidad es que las obras de los antiguos jurisconsultos se perdieron en el tiempo, y solo han llegado a nosotros "unos nombres, unos cuantos títulos, - el contenido de alguna respuesta, la noticia de que cierta fórmula contractual o un tipo de acción eran hijos de la actividad de un jurista determinado".

No es necesario citar en este estudio de la jurisprudencia, como función -- actuadora del Derecho, los nombres de los juristas que más destacaron en su -- inestimable cometido, bástenos el testimonio de Cicerón que llama a estos meritisimos oficiales del Derecho "oraculum totius civitatis" o las palabras de - V. Ihering en "Geist des römischen Rechts", que considera al jurista, con toda razón, como "un personaje omnipresente, el cual en toda ocasión es llamado para que aporte el subsidio de su saber y de sus experiencias".

Es oportuno destacar el papel de la Jurisprudencia en la evolución jurídica romana, ya que influye poderosamente en la actividad del magistrado. Sin duda - el éxito y la primacía del Derecho romano estriba en la desusada y singularísima simbiosis que se dió en Roma entre la Doctrina y la práctica jurídicas. Esta ósmosis y compenetración es la que hace posible que la "interpretatio", activi-

dad propia de los juristas, pueda pasar a ser ius civile. En el Derecho moderno la interpretatio ha pasado al juez y ello hace que la Ciencia del Derecho sea - una especie a extinguir, porque no tiene, como tenía en Roma, la posibilidad de convertirse en Derecho aplicable. Sería cosa de revisar la rígida e inflexible- división de poderes para abrir este camino y no privar al Derecho de su fuente- más noble.

Con palabras de García Garrido ( 9 ) destacamos aquí la Jurisprudencia roma- na como modelo inspirador indiscutible de la Ciencia jurídica actual, así es re- comendable "el estudio de una Jurisprudencia como la romana, cuyo sistema supu- so la formación de los conceptos fundamentales de la Ciencia jurídica —sus ca- tegorías—, conceptos que, con el sistema mismo, serían llevados después hasta- los siglos posteriores; precisamente una de las razones por las que se justifi- ca el estudio del Derecho de Roma es por los méritos de su elaboración técnica, porque su historia facilita un ejemplo único del método jurídico de su desenvol- vimiento legal, basado en la coordinación y desarrollo del Derecho por medio de la razón; precisamente por ello, su estudio es interesante para inculcar, sobre todo, el verdadero concepto del Derecho y de la evolución jurídica. La Jurispru- dencia tiene el mérito indudable, finalmente, de haber elaborado un perfecto e- incommovible alfabeto jurídico; un buen alfabeto, en palabras de Ihering, que - ha desafiado las influencias de tiempo y lugar, ya que sus nociones conservan - hoy tanto valor como hace quince siglos, e incluso ofrece medios para resolver- cuestiones que solo en el mundo moderno se han planteado".

Queda aquí el inagotable tema de la Jurisprudencia, que, como hemos visto, - da sentido e inspiración a todo el Derecho romano.

Si promover es "adelantar una cosa procurando su logro", no cabe duda, de -

que el PRETOR, magistrado romano que ejercía jurisdicción en Roma, fué un gran-promotor del Derecho.

El asesoramiento jurídico en Roma estaba bien organizado, y el Pretor que era un político nombrado por un año para ejercer su magistratura solía ser sensible a sus doctos consejos, de aquí la eficacia y la oportunidad del llamado ius praetorium, significando la más rica de las fuentes: la actividad jurisdiccional del pretor urbano (10).

Los juristas —escribe Kaser (11)— fueron llamados a constituir el consilium de los órganos jurisdiccionales, esto es, a ser por su pericia en Derecho, consejeros de quienes ejercían la función jurisdiccional. Y aunque los órganos a que servían de asesores, no se hallaban obligados a seguir su parecer, en la práctica lo acataban casi siempre por inspirarse en la justicia. Las magistraturas eran de corta duración, pero los sucesores de los magistrados solían aceptar, sin variación alguna, el consilium de sus predecesores. La continuidad en el cargo de asesor ejercido por los juristas imprimió a la actividad jurisdiccional las notas de seguridad y constancia que le granjearon la confianza del pueblo.

El asesoramiento de los pretores por los juristas, como únicos conocedores del Derecho, adquirió con el tiempo muy grande relieve. Si surgía un litigio, el pretor ante las dificultades técnicas que ofrecía la subsunción, y por tanto la decisión del caso litigioso, y las que suscitaba la necesidad de precisar la norma en que la resolución había de apoyarse, se hallaba ante la ineludible necesidad de recurrir a la ayuda de los juristas. Estos proponían al pretor la solución que consideraban justa, le informaban acerca de si para la pretensión del actor existía una acción (actio) y si se disponía de una exceptio para la defensa del demandado, y cual era esta. Los juristas ayudaban al pretor ilustrán-

dole en la adopción de todas las medidas procesales.

El Edicto pretorio no contenía solamente los remedios judiciales que el pretor había creado como adición o corrección parcial al Derecho preexistente, sino también aquellos que imitaban las acciones del antiguo Derecho civil (así como las fórmulas del ius gentium que se consideraba todo incluido en el ius civile).

Respecto a las acciones, que ocupaban la mayor parte del Edicto —distingue Arengio Ruiz (12)— existe diferencia entre ellas, según proviniesen del Derecho civil o resultasen de adaptaciones o de creaciones ex novo por parte del pretor. Si la relación era ya conocida por el Derecho civil, el pretor se limitaba a incluir en su album la fórmula tipo, a la cual, en cada caso, debían adaptarse los programas a proporcionar al juez en los litigios de aquella clase; cuando por el contrario, la relación era tutelada judicialmente por obra exclusiva del pretor, entonces éste insertaba en el Edicto una cláusula en la cual declaraba que si se daban tales o cuales circunstancias, concedería una acción (13), y daba a continuación la fórmula tipo.

El pretor no se expresaba con el tono de un legislador, ordenando o prohibiendo a los ciudadanos un determinado comportamiento, sino que únicamente se obligaba al mismo. Pero las cláusulas que se presentan como autolimitaciones del poder discrecional del pretor, se reducen en realidad, a imponer obligaciones a los ciudadanos. Si yo comodatario sé que, en caso de no restituir la cosa, el pretor dará al comodante una acción contra mí, me sentiré obligado a la restitución del mismo modo que si una disposición legal me lo impusiese directamente.

Pongamos fin a estas líneas que valoran la función pretoria en la promoción del Derecho romano, consignando que no era el pretor urbano el único que publicaba edictos con influencia sobre la posición jurídica de los ciudadanos. Proba—



blemente lo hacía también el pretor peregrino, aún cuando limitándose a las relaciones derivadas del ius gentium.

N o t a s

- (1) Mommsen, Historia de Roma.
- (2) J. Castillejo, La Educación en Inglaterra.
- (3) Téngase en cuenta la indicada relación Estado-ciudadano, es decir, el Estado como concreción frente al Estado abstracto y despersonalizado.
- (4) W. Kunkel, Historia del Derecho Romano, 19 ss.
- (5) D. 1, l. 10 pr.
- (6) U. Alvarez Suárez, Instituciones de Derecho Romano, I, 144 ss.
- (7) V. Arangio-Ruiz, Historia del Derecho Romano, 3ª edición, 150.
- (8) V. Arangio-Ruiz, obra cit. 152.
- (9) El profesor García Garrido ha publicado "Casuismo y Jurisprudencia romana", Madrid 1976.
- (10) V. Arangio-Ruiz. Obra cit. 183.
- (11) Max Kaser, Derecho romano privado, 17.
- (12) V. Arangio-Ruiz, obra cit., 191.
- (13) Estas cláusulas eran llamadas, también, por los juristas edicta.

## CAPITULO IX

LAS LINEAS CARDINALES DEL DERECHO PRIVADO ROMANO:  
LA FAMILIA, LA PROPIEDAD Y LOS DERECHOS REALES,  
LAS SUCESIONES, LAS OBLIGACIONES, EL PROCEDIMIENTO

Ni que decir tiene que con el temario de este capítulo se podría escribir un tratado de varios volúmenes. Más, por otra parte, era ineludible en nuestra detallada panorámica, porque, precisamente, este fué el Derecho romano —ya despojado de sus ramas caducas y circunstanciales— que ha preludiado nuestro Derecho.

No se discute que el grupo familiar fué el sujeto engendrador de las principales relaciones del Derecho privado romano. Así, De Francisci (1), teniendo en cuenta los orígenes del grupo familiar, ve en él una estructura interna o constitucional y unas relaciones externas o internacionales. Pertenecen a la estructura interna el derecho de familia y el de sucesiones y a las relaciones exteriores el conjunto del derecho de obligaciones.

A tenor de esta dicotomía, e introduciendo por nuestra cuenta la propiedad y los derechos reales en la estructura interna —dado el enraizamiento de los mismos en el patrimonio familiar— hemos establecido nuestro orden de estudio anteponiendo el de las sucesiones al de las obligaciones.

En cuanto al Procedimiento, tanto el civil como el penal, aquel sobre todo, —terían en Roma aspectos privatistas, además de propiciar la defensa de derechos privados, por eso han sido incluidos en esta sinopsis del Derecho privado romano.

No vamos a entrar aquí a delimitar lo que fué en Roma Derecho público y Derecho privado. Basta a nuestro propósito la distinción de caminos que señala el Profesor Iglesias (2): "Derecho público y Derecho privado discurren por cauces distintos. En las relaciones esenciales de la acción política —participación— en los cargos públicos, en el derecho de voto, en las obligaciones de la milicia— decide la civitas. No así en lo interno familiar, territorio sagrado del Derecho privado. Solo en casos de verdadera necesidad penetra la "civitas" en el ámbito de las relaciones entre particulares —léase patresfamilias".

Ihering observa que el Derecho privado romano tenía su base no en el Estado sino en el pater familias y que era muy anterior al propio Estado.

Tras estas aclaraciones pasamos a considerar las líneas maestras del Derecho privado romano, máximo exponente del genio jurídico de Roma.

El orden jurídico romano es un orden familiar. En el centro del Derecho privado romano está la FAMILIA contrapesando y equilibrando las necesarias improvisaciones jurídicas y políticas. La familia puede decirse que es el más firme —punto de la tradición romana.

No importa que el grupo familiar romano no responda a lo que hoy es la familia, lo importante, ayer y hoy, es que la familia, aún con distinta estructura, ocupe ese terreno de "lo privado" que es garantía y salvaguardia de la libertad individual. No hay que engañarse, la abolición del ámbito familiar deja al hombre indefenso ante la manipulación estatal.

En este error cayó Esparta pero no Roma, que por ello, hasta obtuvo mejores cosechas militares.

La familia romana, pues, en el sentido de ámbito privado, algo puede decirnos a los juristas y a los hombres de hoy, tan golpeados por los medios de difusión.

El Estado romano supo respetar el espacio familiar base de su organización y lo hizo compatible con sus necesidades políticas y militares.

Por otra parte la familia, ni la posición ocupada en ella, en nada entorpecían u obstaculizaban la carrera pública de sus miembros. Eran dos mundos distintos el público y el privado que en nada se interferían.

En la remota organización familiar romana se atisba una confusión de la jerarquía familiar con la política por ser el grupo familiar soberano y tener que organizarse y defenderse, pero este cariz político desaparece cuando la civitas se configura como Estado.

El lazo familiar en Roma era de potestad no de descendencia y por tanto se creaba lo mismo por nacimiento que por modos artificiales.

La familia tratada por la potestas, o proprio iure dicta responde a esta definición de Ulpiano "Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae" (3).

Esta primitiva concepción familiar pasa de la potestas a la vinculación — agnaticia entre todos los sometidos a la misma potestad en vida del pater familias, dando lugar a la familia communi iure dicta definida también por Ulpiano: Communi iure familiam dicimus omnium agnatorum; nam et si patre familias mortuos singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt (4).

La familia de los comienzos de la época histórica se componía de las personas bajo la potestad absoluta de un jefe doméstico (pater familias), o sea, sus descendientes varones no emancipados, solteros o casados y cualquiera que fuera su edad; las hembras descendientes por línea de varón que no hubieran pasado — por matrimonio, a otra familia, la mujer del pater familias, las mujeres de — todos sus descendientes varones casados cum manu, y las personas dadas en adopción al pater familias o a cualquiera de sus descendientes varones.

Sobre todas estas personas enumeradas tenía el pater familias un poder absoluto "que posteriormente fueron templando leyes y costumbres".

Coherentemente, ya que esta situación familiar dura siglos, se puede afirmar con Bofante: "El Derecho privado romano es, durante toda la época verdaderamente romana, el derecho de los patresfamilias, o Jefes de las familias".

"Puede decirse perfectamente que sobre la estructura de la sociedad romana-primitiva (federación de patres) se modeló todo el sistema del ius Quiritium, — cuyas características son el formalismo, la rigidez y el verbalismo, y cuyas bases estaban constituidas: por la familia, su organización y los poderes del pater familias; por los derechos de estos sobre los bienes y cosas que constituían el patrimonio primordial; por los principios que regulaban la suerte de la familia al morir el pater, y, en fin, por las relaciones entre los diversos-cabezas de familia" (5).

La manus o potestas es el poder original y unitario ejercido por el pater en la familia proprio iure.

Posteriormente esta potestad toma nombres distintos, así la potestad sobre las cosas llamada mancipium se llamó dominium, la potestad maritalis sobre la -

mujer; se denominó genéricamente manus, el poder sobre los hijos patria potestas, el poder ejercido sobre los esclavos dominica potestas y finalmente el poder ostentado sobre los hijos ajenos mancipium. En la Roma primitiva estaban también sujetos a la potestad del pater los clientes y los libertos.

La adgnación, vínculo que unía entre sí a las personas libres de la familia de cuya naturaleza nos habla De Francisci en estos términos: "la adgnación, a través del sometimiento, surgió en formas análogas, en su naturaleza íntima a las que en un estado regulaban la adquisición de la calidad de ciudadano (6).

De la estructura familiar romana nos dicen mucho los distintos modos de acceder a ellas:

a) El filius familia es el procurado en nupcias legítimas (iustae nuptiae) de un miembro varón de la familia.

b) La adoptio (incorporación de un extraño alieni iuris como filius en una familia) y la adrogatio (incorporación de un grupo familiar que se extingue), eran títulos que igualaban a los que accedían a la familia con los miembros natos.

c) La esposa entraba en la familia mediante la conventio in manum (es filia familias). El título de mater familias para la uxor in manu es un título de honor.

La conventio in manum era un acto solemne que se realizaba, bien en forma de coemptio, compra ficticia de la mujer mediante la mancipatio, o bien en la forma religiosa de la confarreatio, ceremonia solemne ante dos testigos, y el flamendialis o el pontifice maximo.

Si no se realizaba de ninguna de estas formas la mujer solo pasaba a ser -

filia familias de la familia del marido cuando había transcurrido un año morendo en casa de éste, a esta forma de adquirir la manus se la denomina usus.

La incorporación de la mujer a la familia del marido daba lugar a una sucesión universal a favor de este o de su pater familias, en caso de que la mujer fuera titular de un patrimonio.

El vínculo familiar se pierde por la adopción en otra familia y por la — emancipación que implica la renuncia del pater a su potestad sobre el filius — que pasa a ser sui iuris y al mismo tiempo pater familias.

Las facultades del pater eran omnímodas. El pater es director y sacerdote, custodio de los secreta y de los auspicia (privata), juez de los fili familias, respecto a los que su derecho de castigar puede llegar hasta la pena de muerte (ius vitae et necis).

Al abstenerse la ciudad primitiva de intervenir dentro del área de la fami lia el derecho del pater no tiene otro límite que las mores internos que impo nían al pater la convocatoria de un consilium domesticum para escucharle antes de imponer las penas más graves.

Señor absoluto sobre los medios económicos patrimoniales del grupo y todo cuanto adquirieran sus súbditos, hijos o esclavos.

Puede dar la libertad a los esclavos mediante el acto solemne de la manumi ssio (vindicta, censu, testamentum).

Este conjunto de relaciones domésticas estaba regulado por un conjunto de normas tradicionales que tenían una base ético-religiosa: las mores.

»

Entre las materias reguladas por las mores se encontraba el divorcio pero-



solo justificado según las mores en muy pocos casos entre los que la tradición recuerda, además del adulterio, el beber vino y la falsificación de las llaves de la cella vinaria.

En la antigüedad regía la endogamia dentro de la gens para todos los gentiles y no solo únicamente para los clientes y los libertos como sucedió más tarde. En cambio regía la exogamia hasta el sexto grado dentro del círculo de los agnados. Posteriormente se redujo aquel límite al cuarto grado.

La mujer solía llevar dote ad sustinenda onera matrimonii.

Los impuberes, aún siendo sui iuris estaban sometidos a tutela hasta alcanzar el desarrollo fisiológico completo, fijado para la mujer desde muy remotos tiempos en los doce años y para los varones en el día en que, mediante una solemne ceremonia, que tenía lugar el 17 de marzo (fiesta de Libero), abandonaba la toga praetexta para tomar la toga viril; pero ello nunca se producía antes de los catorce años.

El poder del tutor en la primera época más que una defensa del menor es — una potestad, vis ac potestas.

A la curatela, finalmente, se hallaban sujetos desde tiempo inmemorial los dementes y los pródigos, es decir, los dilapidadores de los bienes hereditarios.

De un modo o de otro —estima Iglesias interpretando la concepción familiar romana— hay que tener en cuenta el carácter "institucional" de la potestas del pater familias, la religación de este a un mundo de creencias heredadas —el peso histórico del alma tradicional— y la carga de deber que acompaña al poder mismo.

El individuo es el elemento esencial de la vida pública en Roma; la familia de la vida privada. Posiblemente el equilibrio entre estas dos situaciones es una de las claves del mundo romano.

El estudio de la PROPIEDAD y demás DERECHOS REALES por breve que sea debe ir precedido de una alusión a las cosas que son el soporte de los mismos. El derecho real sigue a la cosa "como la sombra al cuerpo", y la cosa se siente inútil e injustificada sin el derecho real por antonomasia, el derecho de propiedad: "ubicumque res sit pro domino suo clamat".

Seguimos al profesor Hernández Tejero en sus ceñidos conceptos sobre las cosas y su clasificación.

En un sentido amplio puede decirse —escribe Hernández Tejero (7)— que cosas son todos aquellos entes en que concurren estas dos circunstancias: poder ser objeto de derechos subjetivos y ser susceptibles de valoración económica. Existe también otra acepción más restringida y frecuente de cosa: ente que puede ser objeto de derechos reales.

Son res extra commercium las que no pueden ser objeto de dominio y disponibilidad en el terreno del Derecho privado; res divini juris, por oposición a res humani juris, las dedicadas al culto de los dioses (res sacrae), los instrumentos (res religiosae), y las murallas y puertas de la ciudad (res sanctae); res communes, las que la naturaleza puso a disposición de todos, como el aire, el agua del mar y sus costas, entendiendo por tales las orillas batidas por las olas en la pleamar, así como el agua corriente de los ríos públicos; — res publicae los objetos cuyo uso y disposición corresponden al Estado o que —  
siendo del Estado están destinados al uso público, como plazas, estanques, etc;

res universitatis, las cosas pertenecientes a las ciudades; res Mancipi, los predios tanto rústicos como urbanos enclavados en suelo itálico, las servidumbres prediales rústicas, los esclavos, los bueyes, los mulos, los asnos y los caballos; inmuebles, muebles y semovientes son calificativos que se aplican a las cosas según que no pueden desplazarse, sean susceptibles de traslado o se trasladen por sí mismas; son cosas fungibles aquellas cuya determinación a efectos jurídicos no se hace en atención a sus circunstancias individuales, sino pesándolas, midiéndolas o contándolas; consumibles, las que al ser utilizadas se consumen (Derecho clásico) o al menos se deterioran (Derecho Justiniano); indivisibles, las que al ser divididas pierden valor; simples, las que el uso social considera como unidad, aunque estén integradas por varios elementos, por ejemplo, un vestido; aquellas en las que se considera la existencia de objetos distintos, pero unidos estrechamente y dispuestos al servicio de un fin único, por ejemplo, una nave, reciben el nombre de compuestas, y el de colectivas aquellas otras cosas en las que solo puede verse una relación económica o funcional que mantiene reunidos, pero no unidos, los distintos entes que las forman, pudiendo citarse como ejemplo de cosa colectiva un rebaño. También conocieron los romanos la distinción entre cosas corporales e incorporales, según que pudieran o no tocarse —quae tangi possunt o quae tangi non possunt— y dentro de las cosas incorporales incluyeron la herencia, el usufructo, las servidumbres prediales y las obligaciones.

Finalmente cabe distinguir entre cosas fructíferas y frutos. Aparte de los frutos naturales (crias de animales, la leche, la lana y los frutos de la tierra, existen los frutos civiles, es decir, los réditos obtenidos como consecuencia del destino jurídico dado a una cosa.

A propósito de la distinción entre res Mancipi y res nec Mancipi, —tan im

portante desde el punto de vista patrimonial en el primitivo Derecho— hay que citar el estudio del mencionado profesor Hernández Tejero: "La propiedad primitiva de las Res nec mancipi" (8), donde, tras un minucioso análisis de los — textos llega a la siguiente conclusión: "En resumen, podemos concretar nuestra tesis en la siguiente forma: En una época primitiva se distingue en Derecho romano entre cosas alienables y cosas inalienables; estas últimas son aquellas — que se relacionan directamente con el cultivo de la tierra.

Las cosas inalienables son susceptibles de nexum, esto es, préstamo, en el que no hay desplazamiento de la cosa prestada al prestatario, sino del prestatario a la hacienda agrícola del prestamista, ya que el préstamo sería no de cosas aisladas, sino de parcelas de terreno (inmuebles) con los instrumentos — de explotación de la misma, préstamo en que el prestatario estaría obligado a un género de servicios en contraprestación que no nos son bien conocidos (9).

Más tarde, al aparecer la mancipación, las cosas inalienables, son las res mancipi, mientras que las alienables reciben, solo por exclusión, el nombre de res nec mancipi, y el nexum, privado de su antiguo papel, se desnaturaliza y — desvirtúa en la forma de un préstamo de dinero.

Encajadas en este cuadro evolutivo de instituciones arcaicas, se puede y — debe admitir la verdadera propiedad primitiva de las res nec mancipi, que, como acabamos de probar en la última parte del trabajo, no hay ningún texto que a ella se oponga, y, en cambio, fácilmente puede encontrarse indicios que la — atestigüen."

En la primera hora —afirma Iglesias (10) remontándose al origen de la propiedad— fué el poder. Y el poder se proyectó sobre las cosas con fuerza superior y distinta a la que es propia de la avanzada idea patrimonialística. El —

"yo mando" precedió a cualquier noción de ejercicio de un derecho timbrado por la nota económica de patrimonio.

El poder con descanso y defensa en la manus, en la mano, tuvo por eje y —centro la idea del imperio, de señorío sobre lo que está en la órbita de la familia y, en algún caso, de sus aladaños. El imperio, el señorío sobre las cosas no está reñido con el significado económico, beneficioso, instrumental, —que comportan las res. Sin embargo lo económico tardaría en alcanzar esa valoración autonómica que acompaña a la idea de propiedad, de atribución, de pertenencia personalista o individualista a los fines humanos de un disfrute remunerador o útil. La propiedad entraña un poder máximo, una fuerte y recia señoría una afirmación soberana —hasta soberbia— frente a todo tercero: "res mea —est".

Del señorío del pater sobre las personas —según De Francisci (11)— se dedujeron las normas que constituyen la osamenta del Derecho de familia clásico, de igual modo del señorío del pater sobre las cosas que constituyen la sede y la base económica del grupo se ha desarrollado el régimen de la propiedad.

Así puede decirse que el mancipium o dominium no es en primer lugar otra cosa que el señorío soberano del pater sobre las cosas de la familia.

Esta soberanía del pater no excluye un señorío del grupo más amplio gens o civitas sobre otras porciones del territorio, sobre el ager, cuyo uso (possession) estaba admitido a favor de gentiles o de los cives o de una parte de ellos.

Se ha hablado por algunos de una propiedad común familiar. Pero ello no es conciliable con la absoluta incapacidad de disposición en que están los miembros.

bros de la familia salvo su cabeza. Solo el pater es dominus, señor de personas y cosas, árbitro absoluto, salvo los límites impuestos por los mores.

Visto desde el exterior, puesto que el patrimonio aparece destinado a fines y ventajas comunes, se puede decir que la consciencia general consideraba a los hijos como cuasi copropietarios (Gaio, II, 157, Paulo, D, 28, 2, 11); -- pero no por ello se niega el absoluto derecho del pater (al menos en la esfera de los principios) sobre todos los bienes de la familia.

Para Bonfante el que la propiedad romana tenga su origen en el señorío del pater sobre las cosas de la familia proprio iure se deduce de los caracteres -- específicos de la propiedad romana considerada en su esencia, caracteres que -- no van unidos a la función económica de la propiedad, sino a la función política del señorío o dominio.

El fundo romano tiene unos límites señalados por el ceremonial solemne de la limitatio: a) iter limitare en el campo, b) ambitus en la ciudad a semejanza del pomerium que rodeaba a la cerca sagrada de la ciudad (Ere res sancta).

Los agri arcifinii, no limitados, que tenían como confines líneas inestables (montes, ríos, lagos) obras artificiales (fosos, muros, filas de árboles) o caminos públicos, no eran objeto de dominio o por lo menos revelan su origen proveniente del ager publicus, distribuido a los ciudadanos.

La propiedad era ilimitada internamente en el sentido de que entre los fundos existe un régimen de recíproca independencia.

En el antiguo Derecho romano no existen servidumbres legales, y los pocos derechos reales constituidos sobre cosa propia en favor de otros tienen siempre su origen en la voluntad del propietario.

”

La propiedad romana tiene virtud absorbente en cuanto que todo aquello que está sobre el fundo o que se une a él es propiedad del propietario del fundo.- Este principio de la accesión es un carácter orgánico de propiedad romana y no es consecuencia de una disposición legal.

El fundo romano es inmune exento de carga pública o privada. El tributum - era personal y no sobre la propiedad.

La existencia de una carga sobre el fundo es la prueba de que no era objeto de dominium sino de mera possessio.

La propiedad es perpetua no puede constituirse derecho de propiedad ad tempus. Estos caracteres que fueron atenuados pero no cancelados por la sucesiva evolución manifiestan que la propiedad romana era un derecho ilimitado en el tiempo y en el espacio, verdadera soberanía territorial.

El fundo, la sede de la familia es el paralelo perfecto del ager romanus.

La conexión entre propiedad como derecho absoluto del pater con la organización de la familia proprío iure, se vuelve a encontrar examinando la summa divisio de las cosas en res mancipi y res mancipi a que antes aludimos con cierta detención.

El ager publicus, sobre el que el particular solo podía tener un derecho de disfrute, era propiedad del Estado.

Por disposiciones legales agrarias podía convertirse previa la limitatio - en propiedad plena o señorío parangonable al tradicional dominium ex iure Quiritium.

En el Derecho romano existen los siguientes tipos de derechos reales: 1º) La propiedad, 2º) Los iura in re aliena: a) Servidumbres prediales y servidumbres personales, usufructo, uso, habilitatio, operae servorum. b) Superficie y enfiteusis. c) Prenda e hipoteca.

Con precisión y claridad, que ahorra páginas a nuestro propósito, el profesor Iglesias nos da una clara visión de la SUCESION romana (12): El verbo latino, succedere, sinónimo de subire, no significa simplemente "seguir", sino seguir o continuar en una situación, donde dice más la carga asumida por el sucesor que el posible beneficio obtenido (13). Succedere no es término expresivo de una derivación o dependencia: el sucesor entra —succedit— en una posición, lisa y llanamente.

Si trasladamos el significado gramatical al campo jurídico, vendremos a la consecuencia de que succedere no indica el traspaso de un derecho, sino la entrada en una relación. Tanto en el Derecho público—háblese de los cargos magistraturales—, como en el derecho privado de la herencia, successio no significa otra cosa que reemplazó en la posición jurídica. El sucesor sigue al antecedente, como una onda sigue a otra onda, si nos valemos de la imagen horaciana (14).

En el Derecho romano antiguo y clásico no se concibe otra forma de successio, ya sea inter vivos, ya mortis causa, que la sucesión universal. La sucesión universal inter vivos tiene lugar en casos típicos y determinados: conventio in manum; adrogatio; recaída en esclavitud del liberto propter ingratitudinem; reducción a esclavitud del hombre libre que se hace vender como esclavo pretii participandi causa; reducción a esclavitud de la mujer libre que



convive con esclavo ajeno. La sucesión universal mortis causa se realiza por la herencia.

Las características fundamentales de ambas formas de sucesión universal — pueden resumirse en los siguientes términos: 1º. El sucesor se coloca en la misma posición jurídica del antecesor. 2º. El sucesor adquiere un patrimonio — en bloque, y de modo mediató, esto es, por consecuencia de la adquisición de una potestad —manus, patria potestad, dominica potestas— o de un título —el título de heres—. 3º. Del antecesor pasan al sucesor toda suerte de derechos, incluso los que de otro modo serían intransmisibles.

La sucesión particular no existe, ni inter vivos, ni mortis causa. Cuando se transmite una cosa singular, en una u otra forma, no cabe hablar más que de adquisición. El adquirente de cosa singular no reemplaza al transmitente en su posición jurídica. El legatario, en efecto, no es sucesor, sino adquirente directo.

En los antiguos tiempos romanos hereditas y familia se muestran en íntima-relación. El heredero no es más que un sucesor en el ius, en la posición jurídica unitaria que asumía el antecesor respecto de la familia. Tal posición jurídica se cifra en una potestad, indistintamente ejercida sobre personas y cosas, colectivamente vinculada a relaciones patrimoniales y extrapatrimoniales.

Como antes decíamos con De Francisci las OBLIGACIONES conciernen en Derecho romano a las relaciones externas de la familia.

Al conjunto de instituciones relativas a la vida interna de la familia se contraponen otro conjunto y sistema de relaciones e instituciones jurídicas que

tienen su origen, en cambio, en las relaciones de los grupos entre si, es decir, de los patres con los patres. Y esta es la esfera que en el sistema desarrollado vino a ser el de los derechos de obligaciones (15).

Si consideramos la obligatio en el derecho clásico se nos presenta como un vínculo jurídico en virtud del cual una persona está obligada respecto a otra en un determinado aspecto (Arangio Ruiz) o, si se quiere seguir la formulación más corriente, a realizar una determinada prestación. Pero no todos los vínculos jurídicos, ni siquiera en el derecho clásico constituyen obligationes. Solo hay obligatio en aquellos casos pertenecientes al ius civile, en los que la intentio de la acción se basa sobre un dare, facere, praestare, oportere. Ahora bien las fórmulas que contienen un oportere son las de acciones fundadas sobre una norma de ius civile. El concepto técnico de obligatio pertenece, por tanto, a la esfera del ius civile, y quedan excluidas de él las obligaciones sancionadas con acciones introducidas por el pretor. Esto puede ser discutible respecto a la última fase de la época clásica.

Diseñar la historia de la obligatio y el surgir sucesivo de sus diversas fuentes constituye uno de los temas más arduos de toda la historia del derecho romano, y sobre muchos puntos no podemos adelantar sino meras hipótesis. No obstante, los perfeccionados métodos de investigación, y especialmente los trabajos de derecho comparado, han aportado nueva luz también sobre el desarrollo histórico de la obligatio. Y así, sin pretender forzar la institución jurídica o los conceptos romanos dentro de esquemas forjados por otros derechos, es sabido que la distinción entre Schuld y Haftung, entre deuda y responsabilidad o garantía, ha acostumbrado nuestros ojos a ver la obligación romana bajo una nueva luz, es decir, no solo desde el punto de vista del deber que incumbe al deudor, sino también desde el de la responsabilidad que rodea

a su persona, y que se hace valer de modo ilimitado, bien sobre su cuerpo, -- bien sobre su patrimonio.

En la época clásica —dice el profesor Hernández Tejero (16) abundando en la tesis apuntada en el inicio del tema— parece que el término obligatio se reservó para las obligaciones de Derecho civil, indicándose la obligación de Derecho honorario con otras expresiones como "actione tenari", si bien esta doctrina no es admitida por todos.

En la época postclásica, al operarse la fusión del Derecho civil y del Derecho honorario, el uso del término obligatio ya no puede tener la limitación apuntada.

Respecto de las fuentes de las obligaciones dice el citado profesor (17): Gayo, en sus Instituciones, afirma que toda obligación nace de contrato o delito.

En un texto del Digesto tomado de una obra postclásica se dice que las obligaciones nacen de contrato, de delito "aut ex proprio quodam jure ex variis causarum figuris".

En otro texto del Digesto que parece tomado de Modestino, pero que en realidad se encuentra fuertemente interpolado, se alude a la ley como fuente de obligaciones.

En las Instituciones de Justiniano se halla una división cuatripartita de las fuentes de las obligaciones, al decir que éstas nacen de un contrato, de un delito, como de un contrato o como de un delito.

La jurisprudencia posterior a Justiniano sustituyó la delimitación por se

mejanza (como de un contrato, como de un delito) por las figuras autónomas de cuasi contrato y cuasi delito.

Cerremos esta síntesis necesariamente breve con la definición de obligación contenida en las Instituciones de Justiniano: *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.*

Agudamente Pietro De Francisci nos da las claves del PROCEDIMIENTO romano, pues, no podemos pensar en un ulterior desarrollo que rompería la eutimia intencional e incluso espacial de nuestro proyecto.

El estudio histórico —dice el aludido maestro italiano (18)— del proceso privado, es decir, de las formas mediante las cuales se restablecía el orden en las relaciones jurídicas privadas, orden turbado por una violación, — nos confirma de nuevo que la razón de que intervenga el Estado en los conflictos es precisamente la misma que provoca su reacción en el caso de delitos, — o sea una razón política.

En la época primitiva, hasta que existió una civitas organizada, la defensa del derecho estaba asumida por los grupos menores y los individuos particulares, y por tanto, la violación se reprimía con la venganza, y la reintegración del orden se realizaba por la fuerza. Pero cuando el Estado se constituye y se robustece frente a esos grupos menores, no ya por un ideal ético de justicia, sino solo por interés de la paz y por un fin político, despoja a los grupos menores que le estaban sometidos del derecho de guerra y de represalia, e impone a quien afirma que se había violado su propio derecho el someterse a un juicio sobre el fundamento de su pretensión.

De aquí dos características del proceso romano más antiguo: de un lado, la parte limitada que en él representa la autoridad pública, que se limita a regular el conflicto, a impedir la lucha brutal, a imponer a las partes la elección de un juez y someterse a su decisión; de otra parte, que perdure el carácter privado y voluntario de todo el proceso, y la necesidad de una continuada iniciativa individual desde que se inicia el proceso hasta la ejecución de la sentencia.

Nacida la controversia el Estado impone, pues, a las partes el que sometan la litis al magistrado, provisto de iurisdictio. Pero ya en este momento se manifiesta la necesidad de la iniciativa privada. Es el querellante quien debe proveer lo necesario para llevar (agere), aunque sea por la fuerza, in ius, es decir, ante el magistrado, a la otra parte. Y esta estaba obligada a seguir, convenire (y de ahí el vocablo conventus, demandado), al actor, a menos que quisiera ofrecer una persona garantizadora, vindex que se comprometía a asegurar la comparecencia del demandado en un día fijado.

Ante el magistrado (in iure) podía no haber discusión, bien porque el reo confesase o no se presentara, bien porque las partes se pusieran en paz. En todas estas hipótesis la función de la autoridad pública quedaba agotada: el actor obtiene el reconocimiento de sus alegaciones (en cuyo caso la coacción que puede ejercer sobre el demandado ya no es una vis iniusta), o bien, por la renuncia del demandado, consigue el objeto de la litis. En suma, la controversia termina en aquella primera fase.

Pero si, por el contrario, se resiste el demandado y se mantiene la discusión, no es el magistrado quien decide y sentencia, sino que las partes deben elegir un juez a cuya decisión se someten. Ahora bien, este juez no era otra cosa que una persona privada ante quien las partes debían comparecer para expo-

ner los hechos, las pretensiones y las pruebas. La misión esencial de la autoridad pública cesa con el acto que cierra la fase in iure, la llamada litis contestatio; en la fase de decisión, apud iudicem, la autoridad pública solo tiene una misión de control.

Esta división del proceso en dos partes o fases, característica del proceso privado en el período primitivo y en gran parte también del período clásico, corresponde ciertamente a una época antiquísima. Y aunque no sea posible fijar con precisión su origen es fácil captar su esencia. El Estado solo se preocupa de impedir o limitar el ejercicio de la venganza privada, y no toma para sí la misión de hacer justicia, cosa que confía a un árbitro, después de haber eliminado el período de la lucha individual.

Tal fué el espíritu que dominó el antiguo proceso privado, tanto en el período más antiguo de las legis actiones, como en el siguiente del proceso per formulas. El magistrado, el praetor, que interviene entre las partes tiene la misión de dirigir las en la formulación de la demanda y de la defensa, y de investir después al juez, elegido por las partes o propuesto por él, con la facultad de dictar la sentencia. Cerrada con la litis contestatio la fase in iure, el magistrado solo ejerce una pura acción de vigilancia en la segunda fase, que se desarrolla apud iudicem.

El "iudicium privatum" —dice el profesor Alvaro d'Ors (19)— es la forma ritual por la que se declara el ius en un caso concreto presentado por dos litigantes —iudicium—. El que declara el ius es el iudex. Su opinión —sentencia— sobre el caso en litigio tiene, a diferencia del responsum de un jurista fuerza ejecutiva socialmente sancionada, de "cosa juzgada" (iudicatum). La tramitación del juicio recibe el nombre de "acción". La palabra actio, que empezó por tener un sentido genérico, aplicado a la actuación del juicio, adquirió el

sentido técnico de posibilidad de entablar una reclamación procesal con éxito; de ahí que "tener acción" equivalga a "tener una expectativa fundada de obtener una sentencia favorable", o, en términos modernos "tener derecho". No solo el Edicto, sino el mismo *ius civile* de la Jurisprudencia clásica se presenta como un sistema de acciones posibles. Esto es especialmente notable en el derecho de las obligaciones, donde la expresión "estar cogido por una acción" (*actione teneri*) equivale a "ser deudor", quedando la expresión "estar obligado" (*obligari*) para las deudas reclamables por acciones civiles.

El *iudicium* se considera fundado en la ley —*iudicium legitimum*— cuando tiene lugar entre ciudadanos, ante un juez único y dentro del recinto de Roma, ampliado a un radio de una milla extremuros. Cuando alguno de estos tres requisitos no se daban, el juicio se fundaba en el poder del magistrado y no en la ley —*iudicium quod imperio continetur*.

Los procedimientos de "Legis actiones" y el "Formulario" resueltos por arbitro privado son reemplazados durante el Imperio por la "*cognitio extraordinaria*" que implicó la resolución de las contiendas en una sola vía y ante el magistrado.

Aludiremos finalmente a la protección jurídica extraprocesal arbitrada mediante *interdictos*, *missiones in possessionem*, *stipulationes praetoriae* y *constitutiones in integrum*.

En cuanto al procedimiento penal diremos, con el profesor Fuentesecca (20)— que de acuerdo con los estudios de Brecht, puede decirse que solamente los magistrados con *imperium* eran los competentes para dictar sentencias y que, por serlo, podían ser objeto de la provocatio ad populum. Los demás magistrados — *sine imperio* carecían de esa facultad y lo único que les era dado hacer, en —

este terreno, era acusar ante el pueblo de un presunto acto delictivo.

Finalicemos señalando que entre las ideas penales romanas y las nuestras median muy notables diferencias.



N o t a s

- (1) P. De Francisci, Síntesis histórica del Derecho Romano, 168.
- (2) J. Iglesias, Espíritu del Derecho Romano, 56.
- (3) D. 50, 16, 195, 2.
- (4) D. 50, 16, 195, 2.
- (5) P. De Francisci, obra cit., 154.
- (6) P. De Francisci, obra cit., 155.
- (7) F. Hernández-Tejero, Compendio de Derecho Romano, 103-104.
- (8) F. Hernández-Tejero, "La Propiedad primitiva de las "Res nec Mancipi", Anuario de Historia del Derecho Español. Tomo XVI, (páginas 290 a 340), conclusión.
- (9) Thomann, Der Doppelte Ursprung der Mancipatio (1943), páginas 255 y ss., cree ver en el nexun primitivo un encadenamiento para forzar al cumplimiento de ciertas prestaciones, y en el nexun Mancipium que de las XII - Tablas, esto es lo más original de su trabajo, un solo negocio jurídico, integrado por un encadenamiento simbólico y un Mancipium.
- (10) J. Iglesias. Obra cit., 104 - 105.
- (11) P. De Francisci, obra cit., 159 ss.
- (12) J. Iglesias, Derecho Romano, 557-558.
- (13) Scialoja, Dir. ered, rom., 1, p. 86.
- (14) Epist., 2, 2, 175-176.
- (15) P. De Francisci, obra cit., 168-169.
- (16) F. Hernández-Tejero, obra cit., 139.

- (17) F. Hernández-Tejero, Obra cit., 143.
- (18) P. de Francisci, Obra cit. 183 ss.
- (19) A. d'Ors, "Elementos de Derecho Privado Romano".
- (20) P. Fuenteseca, Lecciones de Historia del Derecho romano, 124.

174

EL DERECHO ROMANO EN EL MUNDO POSTROMANO

## CAPITULO X

### HUELLAS INDELEBLES DE ROMA: LA LENGUA Y EL DERECHO

Para valorar la aportación de Roma, lo que debemos a Roma, se hace preciso - analizar el acaecer de la Historia.

La Historia se nutre de casticismos y universalidades, todo el acontecer histórico por heterogéneo que parezca no rebasa estas dos posibilidades. Lo universal y lo castizo forman la molécula histórica —valga el paralelismo con esta noción fisicista—. En las distintas dosis de estos ingredientes está la variedad de los tiempos y el desigual impulso de los pueblos y de los hombres. No es fácil ponerse de acuerdo sobre el contenido que abarcan las expresiones "lo universal" y "lo castizo". Hay quien las contrapone, cayendo por un extremo en la abstracción y por el otro en un localismo minimizador improcedente, pues, siempre hay en "lo castizo" elementos de generalización. Tratándose de Roma, una de las realidades más poderosas que ha encauzado la Historia, hay que pensar en "lo universal" y en "lo castizo" como conceptos complementarios de frontera imprecisa; a fuerza de casta, de buena casta, consigue Roma su universalidad. La presencia de sus legionarios, y "el positivismo jurídico más completo, — que no se eleva por encima de los hechos" realizan el milagro, engarzando — romanidades. El Imperio romano no es otra cosa que un conjunto de romanidades — elaboradas sobre autóctonos casticismos. Esto se precibe más gráficamente en el imperio de la lengua latina que termina su incomparable aventura en las lenguas romances. Y más allá, pues siguió siendo la lengua de la Iglesia y de la comunicación científica, dando por descontada su primacía en el Derecho. Es más, la inclusión actual del latín en el grupo de las lenguas muertas es una

desafortunada ligereza. La lengua latina requiere preferencia en un grupo aparte, el de las lenguas subyacentes.

Aún hoy —en pleno menosprecio de las lenguas clásicas debido al mito adánico de empezar desde cero— afloran a la superficie de continuo, por los labios y por la pluma, giros y palabras latinas.

El genio romano dió a nuestro mundo su lengua y su Derecho, y en tradición-escrita —menos viva pero más fehaciente y duradera— su lengua en su Derecho.— "El Derecho romano —escribe el Profesor Iglesias (1)— vino a nosotros —a los pueblos románicos— por una doble vía: el verbo de nuestra lengua y la escritura del Corpus iuris. La primera recepción es verbal. Nuestra cultura es cultura latina; nuestra lengua, romance del latín coloquial, del de la vida de cada día en el Imperio —latín casi puro—. Lengua y cultura bajan juntas a las honduras del alma románica. Y hoy pensamos en romano, aunque no nos demos cuenta de —ello.

La segunda recepción es la del corpus iuris. El Derecho romano nos llega —por el libro. Se dirá que nos llega desambientado, porque nosotros no somos los romanos, y siempre resulta difícil, no ya ver y oír lo que vieron y oyeron quienes "hablaron latín en Roma", sino adentrarse en la cardiaca de un pretor y de dos litigantes, para sentir con ellos el ritmo vital de la norma jurídica.

El libro es historia conservada, y donde no hay pulso no hay vida. Pero aún es posible que el intérprete resucite lo muerto, si es capaz de oír en los adentros de la historia callada —la intrahistoria— que se sigue viviendo".

El Imperio griego de Alejandro Magno extendió el pensamiento de los grandes filósofos de Grecia por todo su ámbito. Roma, en cambio, no llevó la Filosofía-

a los pueblos conquistados, su genio, más que especulativo, era civil, práctico, convivencial, en una palabra, jurídico. De esta resistencia a la pura especulación de los griegos son símbolos el fracaso de Platón como gobernante en Siracusa y las diatribas de Catón a la embajada de los filósofos en Roma. A los romanos les bastó la filosofía estoica, con su moral de lúcidas y objetivas austeridades, para realizar su Imperio y crear un Derecho de largo alcance. Por ello serán los árabes y los traductores hispanos de la escuela de Toledo los que abrirán a Aristóteles las puertas de Europa haciéndole llegar a la celda del Aquinate.

La hora de Roma fué la hora civilizadora del Derecho, de la apertura convivencial a gran escala, que sin duda preparó las honduras culturales minoritarias que vinieron después.

El Imperio romano, forzando el lento "más allá" comarcano, evitó la esterilidad de inacabables conflictos locales, adelantando siglos la comunicación cultural entre hombres y pueblos. Pero gracias a su lengua y a su Derecho este Imperio sigue ganando batallas después de muerto.

Quede aquí esta globalización como pórtico de los capítulos en que vamos a seguir la suerte del Derecho romano en un mundo que no es ya propiamente romano.

Las razones de nuestro seguimiento —concretando— bien pudieran estar en estas cuatro conclusiones del profesor Hernández-Tejero (2) referidas al Derecho romano: a) Su influencia en la formación del Derecho moderno; b) Su valor como modelo de experiencia jurídica; c) Su ejemplar exaltación de la función del jurista; d) La extraordinaria importancia de sus textos para la percepción y solución de casos prácticos.

N o t a s

- (1) J. Iglesias, Derecho Romano, 68 - 69.
- (2) F. Hernández Tejero, Compendio de Derecho Romano, 7.

## CAPITULO XI

### GLOSADORES

El estudio y la comprensión del fenómeno jurídico romano no puede, ni debe - prescindir "de la pervivencia postjustiniana del Derecho de Roma, aislándose en un peligroso exclusivismo científico que abarque hasta la Compilación de Justiniano" (1).

Con la obra de Koschaker "Europa y el Derecho Romano" (2) se alza una bandera para los romanistas modernos, pues es urgente estudiar las conexiones del Derecho jurisprudencial romano con la ciencia jurídica europea.

La jurisprudencia romana, y todo su espíritu y sentido jurídico —dice Fernández Barrio (3)— triunfa y domina en muchos países, donde se impone por su propio valor. Nuestros estudios no pueden terminar, pues, con Justiniano, prescindiendo de todo el desarrollo posterior del Derecho romano. El Derecho romano, no constituye únicamente un extraordinario campo de experiencia histórica, sino también uno de los pilares de la cultura europea. En efecto, ya fuera por su propia esencia y sustantividad, ya por otras causas, de hecho, el Derecho romano, —constituyó un factor de formación e integración en la evolución y desarrollo del Derecho medieval y moderno. Pudo formarse, así, una tradición jurídica europea,— integrada por un sistema de principios elaborados a partir del Corpus Iuris Civilis, y que se extienden y desarrollan para adaptarse a nuevos ambientes y a cambiantes circunstancias históricas.



Como hemos indicado ya, al estudiar la Compilación, Justiniano había prohibido en la constitución Deo auctore y en la constitución Tanta todo comentario a su Codificación, permitiendo solo las traducciones literales, en los breves extractos o índices y las citas de pasajes semejantes para completar los títulos. Sin embargo, semejantes prohibiciones fueron sobrepasadas y pronto aparecen comentarios a las Instituciones y al Digesto.

La evolución postjustiniana del Derecho denominada ius graeco-romanum, la forman las novelas de los emperadores bizantinos, agrupados en volúmenes codificados desde el siglo VIII por los emperadores isáuricos.

En Occidente, pese a las grandes conmociones acontecidas (Invasiones bárbaras y caída del Imperio), tampoco se extingue la tradición romana, persistiendo como uso y praxis judicial.

Durante los siglos IV a VI, estudiosos anónimos transcriben los textos jurídicos romanos, extraen obras clásicas, escriben manuales elementales que acreditan, al menos, la continuidad de la tradición jurídica romana, que persiste en las legislaciones de los invasores germánicos.

No obstante, en este sector del antiguo Imperio, "el Derecho occidental languidecía sumido en una práctica vulgar y mal transmitido por una enseñanza superficial, asociada, muy elementalmente, al estudio de la Retórica.

En realidad, como alguien ha escrito, el fenómeno de la supervivencia del Derecho romano está ligado a la instauración del estudio universitario del Derecho romano en Bolonia primeramente, a fines del siglo XI, y luego en las principales universidades de Europa, a las que este estudio, asociado al del Derecho canónico (utrunque ius), y juntamente con la Teología, asociada a la Filosofía, dió su razón de existencia y su esplendor social.

La cuestión previa a la floración romanística de los glosadores es si este importante fenómeno tuvo su antecedente en la alta Edad Media italiana o se trató — más bien de una mutación cultural espontánea, de un espléndido "porque sí" que anticipó en algún siglo el Renacimiento.

Sigamos, a éste respecto y otros, el estudio de la escuela de Bolonia de Koschaker, tan directamente interesado en el replanteamiento del Derecho europeo.

"Para quienes no son medievalistas de oficio y han de contentarse tan sólo con aprovechar el material bibliográfico disponible, resulta sumamente difícil formar se una opinión sobre las razones en que apoyan su actitud quienes niegan que en Italia, durante la alta Edad Media, hubiera antes de los Glosadores, un verdadero desenvolvimiento del Derecho romano, no obstante ser dicho país el que ofrecía mejores condiciones para que se produjera en él un proceso de continuidad evolutiva del mencionado Derecho. La controversia surge en Alemania en el último cuarto del siglo XIX entre Fitting y Conrat (Cohn), el primero defendiendo la continuidad — del desarrollo del Derecho romano en Italia y el estudio científico y escolástico de éste, realizado en las escuelas de Derecho de Roma, Pavia y Ravena; Conrat, negando aquel desarrollo, en la época anterior al siglo XI. Se comprende perfectamente que la romanística italiana en el Risorgimento nacional se adhiere a partir de 1870 casi unánimemente a la tesis de Fitting profundizando en ella y ampliándola. Son los no muy numerosos medioevalistas alemanes quienes se muestran partidarios de la tesis de Conrat (4).

Resumiendo, podemos decir, que mientras en España y en algunos territorios de Francia meridional, el conocimiento y vigencia del Derecho romano se consiguen — por la mediación de la Ley romana de los visigodos de Alarico II, el Breviarium — Alaricianum (506) y este mismo Derecho de Roma, es cultivado en escuelas de Retórica y objeto en Provenza de laborioso estudio en el siglo XI (5), en Italia, en-

cambio, el conocimiento de las fuentes inmediatas de aquel Derecho, especialmente de la codificación justiniana, jamás se extinguió totalmente, no obstante el fuerte retroceso que experimentó la cultura, con la invasión de los longobardos (568). Ahora bien, estos no se adueñaron de todo el territorio. En el exarcado de Ravena, en el ducado de Roma, en la Italia meridional, en Sicilia, se mantuvo la soberanía de los bizantinos. El emperador Justiniano por la sanctio pragmatice de 554 introdujo su obra legislativa en las provincias italianas (6). Este hecho supone, naturalmente, el dar a conocer la nueva legislación mediante el envío de ejemplares manuscritos a los puestos gubernativos bizantinos en Italia, y a la escuela de Derecho de Roma. Incluso en los mismos territorios ocupados por los longobardos, el Derecho romano no es abolido totalmente sino que por el principio de la personalidad, es mantenido como derecho de la población romana de Italia.

Además de todas estas circunstancias, se da el influjo de la Iglesia, la cual vivit lege romana, influjo que incrementó mucho, cuando los longobardos durante el siglo VIII abjuran del arrianismo (7). En cierto sentido, la misma práctica notarial, conserva el Derecho romano. Los documentos son escritos en latín y adoptan con frecuencia cláusulas que aparecen en los textos romanos (8).

Si se pregunta lo que en realidad se sabía de Derecho romano durante estos siglos, la respuesta ha de ser forzosamente muy modesta (9). Si se reconoce un cierto florecimiento del Derecho romano de la época justiniana merced al influjo de Bizancio y de la Escuela jurídica de Roma, como acredita la glosa de Turin de esta misma época, no cabe duda que en los siglos posteriores se produce a este respecto un grave retroceso. Del corpus iuris se conocen solamente algunas partes: así, por ejemplo, las Instituciones, el código solo fragmentariamente y en extractos, las Novellae a través del resumen de las mismas contenido en el —

epítome Juliano (10). Los Digestos son casi desconocidos, porque conteniendo, como contenían, la obra de los juristas romanos, para el nivel cultural de la época, resultaban extremadamente difíciles (11). Estos fragmentos aparecen en las obras que con toda seguridad corresponden a la época anterior a los glosadores aclarados con glosas, las cuales prueban todo, menos una buena formación jurídica en sus autores, pues revelan burdas incompresiones y se limitan a ser las más de las veces, meros comentarios gramaticales que delatan su procedencia de las antiguas escuelas de retórica, en las que, como es sabido, se atendía también a facilitar la instrucción jurídica (12). He dicho "instrucción jurídica" pues la conexión de ésta con la retórica, hizo que la ciencia del Derecho no fuese a la sazón considerada todavía como ciencia autónoma, no pudiera hablarse propiamente entonces de una enseñanza del Derecho, concebido éste como disciplina independiente (13).

Repítese, pues, en estos tiempos el hecho que tiene lugar en el tránsito de los siglos V al VI, es decir, en una época de gran descenso cultural, al componerse las leges romanae en los Estados germánicos surgidos en territorio del antiguo imperio romano. Se utilizan las constituciones imperiales, pero es completamente ignorada la labor relevantísima de la jurisprudencia romana, si se exceptúan exposiciones elementales que contienen referencias a ella y que son indicio del grado cultural de la época (14).

La situación mejora en el siglo XI, pues en Pavia, sede de la corte del Estado longobardo, y más tarde del regnum Italiae, se crea una Escuela de Derecho, cuyas aportaciones perviven todavía en la época de los glosadores (15). Estos "lombardistas" elaboran el Derecho longobardo contenido en las leyes dadas por los reyes de este pueblo y en las capitulares de los carolingios, adaptándolo a las necesidades de la práctica, para lo cual se sirven del Derecho -

romano, a la sazón, mejor conocido en Pavia que en resto de Italia, y dotado de vigencia subsidiaria respecto al mismo Derecho longobardo. En Pavia aparecen en el siglo XI colecciones de leyes longobardas, comentarios a estas y la denominada "Lombarda", esto es, una recopilación de leyes longobardas, hecha según el orden seguido en las Instituciones y en el Código, y sobre la que trabajan mucho los glosadores de Bolonia durante el siglo XII (16). A esta actividad de los lombardistas se debe el que el Derecho longobardo rigiera en muchas partes de Italia como ius commune, junto al Derecho romano (hecho este similar al ocurrido más tarde en Alemania, con el ius commune saxonicum) afirmándose hasta el siglo XVI (17), lo que no impidió ciertamente, que a juicio de los legistas italianos, partidarios del Derecho romano, el Derecho longobardo nec meretur lex appellari, sed faex y fuera llamado también ius asinium (18).

Este antecedente nos sirve para poner de relieve lo que de nuevo y peculiar creó a fines del siglo XI la escuela de Derecho de los glosadores de Bolonia. La investigación, en su afán de descubrir modelos y precedentes, ha llegado a reconocer en lo que atañe a ciertos métodos de trabajo de esta escuela, el influjo de la de Berito de Siria en el siglo V (19). Son éstas, cuestiones que no pueden resolverse con certeza. A lo sumo puede afirmarse la influencia de la Escuela de Pavia. Pero aún cuando tales influjos y precedentes hubieran actuado en gran escala, y pudieran puntualizarse de modo preciso, ello apenas rebajaría apreciablemente la originalidad de la aportación realizada por los glosadores (20). Para valorar ésta justamente debe tenerse muy en cuenta que tal aportación constituye un fenómeno parcial de aquel enorme incremento de la cultura alcanzado a fines del siglo XI y principios del XII que bien merece llamarse "Renacimiento del siglo XII" (21). Su escenario son los países de la Europa occidental; en Italia, la corte de los reyes normandos y más tarde la de Federico II en Palermo. En esta última, dándose con ello prueba de una gran toleran-

cia, trabajan sabios griegos, árabes e italianos (22). En los comienzos, los focos más activos de cultura, se hallan en los claustros y escuelas episcopales de las catedrales o en las escuelas que aparecen en las ciudades más florecientes - (23) y finalmente en las Universidades, las cuales, a partir del siglo XII y especialmente en el XIII, surgen en Francia, España e Inglaterra. En esta época, en Italia hallamos la Universidad jurídica de Bolonia, con la misma fama que la Escuela de Teología de París y la de Medicina de Salerno (24). Como studia generalia, a los que tienen acceso estudiantes de todas procedencias y países, estas Universidades confieren grados académicos con validez universal; sus profesores se trasladan con frecuencia de unas universidades a otras y son, por así decirlo el fermento espiritual de Europa.

Las causas últimas de este impulso cultural nos son desconocidas. Se señalan (25) como tales el comercio y el tráfico, muy intensificados a la sazón por efecto de las cruzadas, especialmente italianas y francesas, el desarrollo de la agricultura y la mejora de situación obtenida por las personas que se dedicaban a la agricultura. Pero estos hechos son síntomas y no causas. Es indudable que la lucha entablada entre las dos grandes potestades de esta época, el Pontificado y el Imperio, fué ocasión para el despliegue de poderosas energías espirituales.

Para medir bien el alcance y mérito de la obra de los glosadores, es preciso situarse en su propio ambiente. El corpus iuris elegido por aquellos como objeto de su trabajo fue en los primeros siglos conocido deficientemente mediante extractos; los Digestos que reunían la obra de los juristas romanos fueron casi ignorados. Los glosadores se propusieron, en primer término, completar el material sobre el que habrían de trabajar, meta alcanzada en lo esencial, ya que en el último tercio del siglo XI se consigue conocer un manuscrito de los Digestos y -

se convierten estos en tema que centra y polariza el trabajo de los glosadores.

Solemos aún hoy hablar del "código de Justiniano y se le puede atribuir este carácter aunque no sea en realidad un código de Derecho privado exclusivamente. Sin embargo quien en la actualidad sustente la opinión de que en este código se encuentra lo mismo que hallamos en cualquier codificación moderna de Derecho privado, probaré con esta creencia suya, que nunca tuvo en sus manos el corpus iuris. Por su excesiva casuística el código de Justiniano, resulta inadecuado para una utilización de esta especie. Pero, además, lo es también por la dificultad de comprensión que ofrecen muchos de sus preceptos y por el carácter complejo de su contenido (26). Entre las partes más antiguas y las más modernas del Corpus iuris, median unos seiscientos años, durante los cuales el Derecho ha experimentado cambios muy notables. Añádase a esto, las controversias surgidas entre los mismos juristas de Roma a propósito de múltiples cuestiones. Así resulta que el corpus iuris está lleno de contradicciones y sobre muchos problemas, se pueden adoptar actitudes antinómicas, apoyadas en razones igualmente estimables. Ciertamente que el emperador Justiniano, contribuyó no poco, durante el trabajo compilatorio, a superar y resolver estas antinomias y que para conseguirlo, así como para lograr la adaptación del antiguo Derecho a las exigencias de los tiempos en que se llevó a cabo la codificación, los compiladores introdujeron numerosas interpolaciones, es decir, cambios externamente imperceptibles de los excerpta. Con la celeridad del trabajo compilatorio no siempre se siguió un sistema congruente en la introducción de las interpolaciones, y ello fué la causa de que en la obra legislativa de Justiniano subsistan muchas contradicciones, causadas por la evolución, incesante del Derecho. Ya antes de Justiniano, en las obras jurídicas de la época clásica, en las constituciones imperiales y en las colecciones de éstas, manejadas en las escuelas jurídicas del período postclásico, aparecen aclaraciones o glosas debidas a los profesores de Derecho, las cuales se insertan en

los textos mismos como formando parte de ellos y constituyendo los llamados glosemas. Estos glosemas que no se distinguen externamente y que pretenden adaptar la vieja decisión al nuevo Derecho, o fundamentarla con las ideas a la sazón imperantes, alteran casi siempre la disposición donde se incrustan. La moderna investigación ha descubierto (24) que los compiladores utilizaron probablemente para llevar a cabo sus tareas de redacción de los Digestos y del codex, crestomáticas y ediciones glosadas de obras de autores clásicos destinadas a la enseñanza del Derecho, con lo cual, la glosa que significaba solamente la opinión de un maestro o profesor de Derecho, a diferencia de la interpolación, que entrañaba una voluntad o decisión del legislador, alcanzó por este medio fuerza de ley. Como la glosa no ofrecía uniformidad, su divergencia originó nuevas convenciones y muchas incluso referentes al texto glosado. El tenor del texto original venía así alterado por la inserción en el mismo de aclaraciones y conceptos propios de épocas posteriores, los cuales constituían un indicio seguro para fijar la existencia de glosemas. El conocimiento de estos era entonces inaccesible a los exégetas del Corpus iuris, los cuales nada sabían de interpolaciones y glosemas, ignorancia que se mantuvo durante siglos. Que en el Corpus iuris había interpolaciones, lo declara el propio Justiniano (28). En Francia, a partir del siglo XVI, merced a la dirección historicista del romanismo, impulsada por la corriente humanística, se concede atención al problema de las interpolaciones. Mas tarde este problema es olvidado de nuevo, hasta que a fines del siglo XIX, también por efecto del historicismo romanístico, cobra esta cuestión un interés muy vivo y apasionante. Los glosadores constituyen un descubrimiento de la romanística del siglo XX. Si el investigador moderno puede resolver las contradicciones internas del Corpus iuris, estimándolas como soluciones dadas en tiempos distintos a un mismo caso, esto resultaba imposible a los exégetas antiguos que ignoraban todo lo relativo a interpolaciones y glosemas; y -



en verdad que aunque hubieran tenido noticias de estos, no hubieran podido reconocerlos, ya que para ellos el Corpus iuris era un código vigente cuyo texto se consideraba punto menos que intangible. Debieron ser, por tanto, en esta época, de grandísima entidad las dificultades de interpretación.

Añádase a lo expuesto, que el complejo y contradictorio material corpus iuris, si bien fue agrupado sistemáticamente con arreglo a un plan preconcebido, este sistema, comparado con el seguido en las nuevas codificaciones, resulta tan deficiente y primitivo que la actividad de los juristas, que en la práctica trabajaban con el corpus iuris, no puede parangonarse con la de sus colegas de la época moderna, pues estos aplican los preceptos jurídicos contenidos en una ley cualquiera, al caso particular y concreto de que se trata. Y ello aunque la aplicación e interpretación de la ley estén exclusivamente reservadas a la judicatura.

Sería totalmente equivocado estimar el corpus iuris como un código en la acepción moderna de esta palabra, pues la compilación solo contiene escasísimos preceptos jurídicos y ofrece, en cambio, una abundantísima casuística, ordenada deficientemente y llena de antinomias y dificultades.

Basta consignar que el corpus iuris nunca fué usado en la práctica como se usa un código moderno. A ello se oponían su extensión y su dificultad, ya que en el escaso tiempo de que los juristas disponían generalmente para resolver los casos que les eran planteados, hubiera sido imposible hallar la solución deseada mediante la consulta del corpus iuris. Estas características de la compilación hacen indispensable para su útil manejo en la práctica, un instrumento que mediante el adecuado trabajo de preparación, lograra hacer accesible el complejo material del corpus iuris y consiguiera así desplazar las fuentes originales y sustituirlas.

El instrumento preciso para facilitar el uso del corpus iuris, debió ser, -- por las dificultades que la utilización directa del mismo ofrecía, obra de un docto jurista que hubiera consagrado su vida al estudio de la compilación. Este instrumento hay que buscarlo, pues, en las Universidades, las cuales son, a partir del siglo XIII en Italia y en la Europa occidental, los centros más importantes de estudio y de saber. Uno de estos centros fué la Universidad de Bolo-- nia, creada por los glosadores y dedicada primaria y fundamentalmente al estu-- dio del Derecho romano. Esta estrecha vinculación del Derecho romano con las -- Universidades ha subsistido hasta nuestros días y aún hoy los grados académicos que confiere Oxford, por ejemplo, referentes a ciencias jurídicas, son de civil law, esto es, de Derecho romano (29).

Hay que tener presente todo lo expuesto para valorar justamente el esfuerzo y la aportación de los glosadores. Desde que comienzan a conocer el corpus iu-- ris, especialmente, los Digestos que contienen la obra admirable de la jurispru-- dencia romana, se aplican los glosadores a la tarea de profundizar en el conte-- nido de la compilación y de aclarar su sentido. Consiguen su objeto mediante -- las glosas, las cuales no se limitan a explicar los pasajes oscuros, sino que -- contienen, además, referencias a otros, paralelos y semejantes, o también a de-- cisiones contradictorias, tratando de superar las antinomias entre ellas exis-- tentes. Esto constituía un trabajo de carácter verdaderamente científico, de mo-- do que la ciencia occidental del Derecho, debe en realidad datar su aparición, -- precisamente en la época de los glosadores (30). Estos, por otra parte, coinci-- den cronológicamente con la primitiva escolástica, lo que no es un detalle in-- trascentente. No se contentaron los glosadores con practicar el método que les dió nombre, aclarando y explicando el corpus iuris, sino que crearon también -- obras de carácter sistemático como fueron las llamadas summae, exposiciones or-- denadas de algunas materias, singularmente las sumas de títulos, en donde se --

plantean quaestiones o problemas y se valora el pro y el contra de las posibles soluciones. También el método de las distinciones empleado por los glosadores — para superar las antinomias, es de origen escolástico. De este modo consiguie— ron ser los glosadores, los mejores conocedores del Derecho justiniano, sin — que nadie en aquella época lograra superarles ni igualarles siquiera, en el do— minio de esta. La obra de los glosadores merece nuestra admiración ya que supo— ne la consagración exclusiva del trabajo de toda una vida al estudio del corpus iuris.

Los glosadores ignoran todo lo relativo a interpolaciones y glosemas; el — haberlos detectado les habría permitido superar la contradicción de normas con— trarias, explicándola por la pertenencia de las mismas a épocas diversas.

Por eso resulta todavía más sorprendente el seguro instinto que demuestran — en percibir lo que en estas contradicciones constituye Derecho propiamente jus— tiniano.

Los inicios de la escuela de Bolonia son modestos: una escuela de artes — (31) que tal vez existió ya a fines del siglo X y en la que quizás marginalmen— te a los estudios de gramática y retórica, hallaron acogida los de jurisprudencia. En ella pudo enseñar Irnerius (entre 1055 y 1130) como magister artium, — título que indica el carácter de la escuela en donde enseñaba (32) Irnerius y— sus discípulos hacen del corpus iuris, sobre todo de los Digestos, objeto casi— exclusivo de su estudio, acertando a dar a éste un carácter científico, liberán— dolo de la estrecha dependencia que tradicionalmente tuvo respecto a otras ra— mas de saber y convirtiéndolo en disciplina independiente. A la modesta escuela de artes, sucede la Universidad de Bolonia, la cual alcanza tal fama en Europa, que bien pronto acuden a ella estudiantes no solo de Italia sino de toda la Eu—

ropa occidental y de Alemania. El contingente escolar de esta Universidad llega a la cifra de 10.000, número que si es respetable en nuestra época, en aquella resulta verdaderamente extraordinario".

"Aunque el primer jurista —objeta F. Barreiro (33)— que enseñó en Bolonia se dice haber sido un tal Pepo (fines del siglo XI), lo cierto es que tuvo escaso éxito y su nombre fué olvidado, o al menos eclipsado por la personalidad de Irnerio. La tradición pretende que Irnerio no tuvo ningún maestro; de todos modos, hay que suponer lógicamente que, al menos desde el punto de vista metodológico, estuvo en contacto con los lógicos y gramáticos de la Escuela de Bolonia; en cualquier caso, la aparición y el éxito de su magisterio es consecuencia del movimiento de ideas en el mundo del Derecho durante los últimos decenios del siglo XI y primeros del XII, período en el que debe colocarse el nacimiento de la escuela de Bolonia. El mérito de Irnerio estriba en haber dado a la enseñanza del Derecho el puesto autónomo del que carecía hasta entonces en la Ciencia medieval, por lo que se considera a Irnerio el fundador de la ciencia jurídica europea.

El origen espiritual de la Ciencia jurídica europea es, como ya dijimos, — el redescubrimiento del Digesto, cuyo texto quedó establecido entre 1070 y 1100; Irnerio y sus discípulos hacen del Corpus iuris, y especialmente del Digesto, objeto casi exclusivo de su estudio, con un método exegético en forma de anotaciones en los textos ("glosas"), que dió el nombre de "Glosadores" a los seguidores de Irnerio.

La primera generación de juristas que continúan el método de Irnerio es la de los "quattuor doctores" (Martín, Jacobo, Hugo y Búlgaro), que aparecen — antes de mediados del siglo XII; discípulo de Búlgaro fué J. Basiano, maestro,

a su vez, de Azón de Ramerghis, uno de los más famosos jurisconsultos de la escuela de los "Glosadores": en un tiempo en que el método de la escuela empezaba a estar en crisis, Azón reacciona contra esos primeros síntomas de decadencia; es autor de una numerosa serie de Brocarda (reglas generales de Derecho), Glossae (al Digesto y al Código de Justiniano) y Quaestiones, pero, sobre todo, es conocido por sus Summae, es decir, exposiciones sistemáticas y completas del Derecho, en base al Código de Justiniano, pero utilizando también las demás partes del Corpus iuris.

Discípulo primero y después colega de Azón fue Acursio cuyas obras originales presentan escasa importancia, pero que gozó de extraordinaria fama merced a la amplia colección de glosas de los juristas anteriores y contemporáneos a él que compuso, y que fue denominada Magna Glossa, Glossa magistralis, o simplemente Glossa, una vez que en la segunda mitad del siglo XII se convirtió en la Glossa ordinaria, alcanzando incluso sanción legislativa. Se trata de una sistematizada de las opiniones de los demás juristas de la escuela de los "Glosadores" y de las suyas propias en torno a las diversas partes del Corpus Iuris compuesta de cerca de 100.000 glosas, algunas de las cuales son verdaderas monografías. Gracias a la obra de Acursio pudo conservarse una buena parte de la producción de los juristas de la escuela de Bolonia, perdida y dispersa en un gran número de manuscritos. La evidente utilidad que una obra de este género presentaba para la práctica, determinó el hecho de la indiscutible autoridad de que gozó en el uso forense, plasmada en el adagio, nacido en los tribunales alemanes "quidquid non agnoscit glossa, nec non curia agnoscit". La Glossa trascendió también a la enseñanza del Derecho: después de la obra de Acursio, el Derecho justiniano era siempre estudiado con la Glossa de Acursio, la cual, como una especie de Summa canónica, se equiparó al texto de las "Pandectas", prevale

ciendo aquella, en caso de contradicción entre un texto romano y la Glossa de Acursio con cuya obra se concluye el período de los "Glosadores". Acursio y su obra representan, dice Koschaker, algo similar a la obra de Ulpiano y Paulo al final de la época clásica o a las Pandectas de Windscheid, culminación de la pandectística alemana del siglo XIX.

La escuela de Bolonia no solo supuso un puente entre los juristas bizantinos autores del Corpus iuris y la tradición europea del Derecho privado que se inicia con los "Glosadores", sino también un medio para la difusión del Derecho romano, incluso más allá de las fronteras del continente europeo. Así, a pesar de su aislamiento, Inglaterra fué el primer país que experimentó el influjo del pensamiento científico que se difundía en Italia desde Irnerio; precursor de esta corriente fue Lanfranch, intimamente ligado a la escuela de Pavia: emigrado primero a Normandía, pasó después a Inglaterra, en donde llegó a ser nombrado Arzobispo de Canterbury y Canciller de Guillermo el Conquistador, de quien fué el colaborador más directo, especialmente en las tareas legislativas.

Con todo, más que a Lanfranch, la difusión del Derecho romano en Inglaterra se debe a Vacario, que emigró de Italia a Inglaterra en el año 1143, a instancias del Arzobispo Teobaldo de Canterbury. En Inglaterra, Vacario enseñó en Oxford, en donde fundó una escuela de Derecho que en pocos años se vió frecuentada por gran número de alumnos tam nobiles quam pauperes; destinado a estos últimos escribió en 1149 su famoso Liber pauperum summa en nueve libros sobre la base del Código, intercalando fragmentos del Digesto y numerosas glosas, consiguiendo una extraordinaria difusión.

Si bien hubo reacción contra el Derecho romano, difundido por Vacario, su-

escuela perduró y sus seguidores añadieron a las glosas que éste había puesto en su liber pauperum, muchas otras, que ofrecen un gran material para la historia - de los dogmas del siglo XII. Prueba de la pervivencia del influjo de las enseñanzas y la obra de Vacario fué el hecho de que los estudiantes de Oxford fueron de nominados durante cierto tiempo "pauperistae" en recuerdo del Liber pauperum. La doctrina romanista de la que estaban imbuidos Ranulph de Granvill y Henry de --- Braeton permitió la sistematización y exposición científica del Derecho nacional inglés (common law) de la que son exponentes las obras de los autores citados.

También Francia, como Inglaterra, tomó contacto con el Derecho romano en la - época de los glosadores, pero no se resistió a su influjo, sino que la incorporó a su propio Derecho nacional, que reelaboró utilizando la técnica del Derecho romano. El camino para la recepción del Derecho romano en Francia había sido en -- parte preparado por la difusión alcanzada por el Breviario de Alarico en los territorios situados al sur del Garona; es justamente en estos territorios donde, - desde el siglo XII, el Derecho romano comienza a ser objeto de estudio universitario en Montpellier y Toulouse primero, y en Orleans y París después, ya en el siglo XIII.

Por esta época se deja sentir también la influencia del Derecho romano cultivado al modo italiano en España, en donde constituye también objeto de estudio universitario y es tomado como base para la redacción en 1265 de Las siete Partidas.

La época de los "Glosadores" coincide, por otra parte, con el momento en que comienzan a sentarse los cimientos de la ciencia del Derecho canónico. Si en las colecciones canónicas formadas en los siglos anteriores había influido ya en --- gran medida el Derecho romano, su repercusión va a ser mayor aún en los momentos de renovación del Derecho canónico, fenómeno que tiene lugar a comienzos del siglo XII y precisamente en Bolonia, donde enseñó y compuso sus obras Graciano, y-

donde ya florecía la escuela de los "Glosadores". Los estudiosos del Derecho ca  
nónico adaptaron desde muy pronto la terminología, la división y el método empí  
rico del Derecho romano.

"De las relaciones de la escuela de "Glosadores" con el Poder nos habla Kos-  
chaker (34) en estos términos: Hablaba yo antes de una a modo de alianza de los  
glosadores con los emperadores alemanes, y especialmente con los pertenecientes  
a la dinastía de los Staufen. La alianza supone un cierto grado de independen-  
cia en las partes que la conciertan. Es, por otra parte, indudable, que contri-  
buyó mucho al prestigio de los glosadores, el hecho de que al explicar Derecho-  
romano, explicaran al mismo tiempo Derecho imperial. Con todo los glosadores no  
son planetas que giran alrededor del sol del emperador, y reciben la luz de --  
este, pues Bolonia fué una fundación de carácter privado y los glosadores consi-  
guieron prestigio independientemente del emperador. Ya eran algo muy importante  
en el mundo occidental cuando los Staufen dirigieron hacia ellos su atención y-  
comenzaron a servirse de ellos; la primera vez, cuando Federico I, invitó a los  
discípulos de Irmerio a asistir al parlamento de Roncaglia, en el cual, median-  
te la constitutio de regalibus, se pretendía legitimar las rentas imperiales --  
por el poder unitario del emperador fundamentado en el Derecho romano. Los empe-  
radores obraron de este modo, porque en su lucha contra el Pontificado, creye-  
ron conseguir gran ventaja cimentando su poder, con ayuda de los glosadores, --  
sobre los principios del corpus iuris, y organizando la nueva idea del Estado,-  
de conformidad con el Derecho de Roma. Por esta razón concedió Federico I a Bo-  
lonia tantos privilegios, y lo mismo él que sus sucesores, enviaron sus leyes -  
para su publicación a los glosadores, incorporándolas éstos en el corpus iuris.

Solo esta consideración sería bastante para invalidar la afirmación hecha -  
por algunos, de que la fama de los glosadores en Europa descansa sobre el hecho



de haberse ocupado éstos del Derecho romano como Derecho imperial".

Notas

- (1) A. Fernández Barreiro, "Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho Romano", 70.
- (2) En la citada obra de P.K. se entrecruzan y se someten a concienzudo análisis muchos caminos del Derecho antiguo y moderno.
- (3) A. Fernández Barreiro, obra cit, 70.
- (4) Por último, el juicio de Genzmer, "Die Justinianische Kodifikation und die Glossatoren", en Atti del Congresso internazionale di diritto romano, Bologna, I (1943), 365, ss.
- (5) Vid. Chenon, Hist. gen du droit français, I (1926), 134, 502 ss.
- (6) Vid. suplemento, 497.
- (7) Calasso, I, 113, 216, 223.
- (8) Calasso, I, 212, 233, Archivio giuridico, III (1934), 64 ss., 69 ss.
- (9) Vid. Genzmer, 355 - 365.
- (10) Las manifestaciones hechas por una persona tan culta para aquellos tiempos, como fué Liudprando de Cremona, embajador de Otón I en la corte bizantina, ante el Basileus, afirmando que su señor al intervenir en Italia había obrado como los emperadores romanos Justiniano, Valentiniano y Teodosio, ponen de relieve las confusas ideas que a la sazón se tenían del corpus iuris.
- (11) El ensayo de Mor, Il digesto nell'età preimperialiana e la formazione della vulgata no altera la verdad de esta afirmación.
- (12) Vid. Suplemento, 498.
- (13) Calasso, Storia, 297, ss.
- (14) Vid. Krüger, Gesch. d. Quellen d. röm. Rechts, 350, ss.
- (15) Vid. Genzmer, 374, ss.

- (16) Solmi, Storia, 464.
- (17) Vid. Neumeyer, I, 194, ss., 204, 206 especialmente en relación con la constitución de Federico II de 1231, después de aparecer como iura — communis el Derecho romano y el longobardo.
- (18) Maitland, English law and the renaissance. The Rede lecture for, 1901, 87, nota 56.
- (19) Vid. Pringsheim, Berlyt und Bologna Festschr. f. O. Lenel zum ojährigen Doktorjubiläum (1921), 294, ss.
- (20) Vid. Genzmer, 368, 373, ss., 380
- (21) Vid. Haskins, The renaissance of the XII<sup>th</sup> century (1927).
- (22) Haskins, Medieval science, 142, 155, ss., 242-265; Mediaeval culture, 147.
- (23) Solmi, Storia, 445, ss.
- (24) En el siglo XI, y particularmente en el XII, hubo en Bolonia dos universidades, la de los ercolares citramontani y la de los ultramontani, esto es, la de los italianos y la de los extranjeros. Esta duplicidad, sirvió de modelo a otras universidades, al contrario de París que, conoció solamente la universitas magistrorum.
- (25) Halphen, L'essor de l'Europe II - 13 siècle (1932), 86 - 107.
- (26) A esto se ha referido frecuentemente Riccobono, así en su conferencia "De fati iuris romani" en Studia Humanitatis, con motivo de la inauguración del Instituto que lleva este mismo nombre, 1942, 48. Vid. — además, Wiacker, 149, 152.
- (27) Vid. Arangio Ruiz, Di alcune fonti postclassiche del Digesto, Atti della R. Accademia di scienze morali e politiche di Napoli LIV (1931).
- (28) En la constitutio "Tanta", patente de publicación de los Digestos de 16 de diciembre del año 533.
- (29) Del ius utrumque desaparece el Derecho canónico a partir de Enrique VIII por efecto de la reforma protestante. Vid. Sherman Roman Law in the modern World I (1924), 370.

- (30) Engelmann, 16, ss., 23, cuya formulación no siempre es inimpugnable.
- (31) Es dudoso si se trata de una escuela catedralicia y episcopal o más - bien de una escuela laica. Vid. Sorbelli, Storia dell università di Bologna (1940), 23.
- (32) Para Innerius consúltense Genzmer, Atti congresso Bologna I, 362, ss.
- (33) A. Fernández Barreiro, obra cit., 73, ss.
- (34) P. Koschaker, obra cit. 122, ss.

## CAPITULO XII

## POSTGLOSADORES O COMENTARISTAS

El profesor J. Santa Cruz Teijeiro (1) dice estas palabras alusivas al libro de Koschaker, "Europa y el Derecho romano": "Este libro del ilustre romanista y-orientalista alemán, es un libro importante. Lo es, con independencia de la acti- tud que el lector adopte, relativamente a las opiniones que en la presente obra- se sustentan. Se puede suscribir o recusar el parecer del autor respecto a los - problemas que éste estudia, pero no se le puede negar acierto y muy relevante en su enumeración, en el planteamiento de las multiformes y graves cuestiones que - van entrañadas en este fenómeno palmario, innegable de nuestros días: la crisis- del Derecho romano".

"Si no se quiere arrumbar el Derecho romano --sigue el prologista citado-- - como mero tema arqueológico, propio para ser conservado y admirado en la vitrina de un museo, es indispensable hacerle objeto de esa "aktualisierung" que precon- iza con tanta insistencia nuestro autor".

Los puntos de vista de Koschaker son altamente interesantes para lo que se - busca en la presente tesis que no es otra cosa que la vivencia y sobrevivencia - del Derecho romano con proyección actual y de futuro --corrientes por otra parte de que a las playas del futuro no llega nada ni nadie, porque el futuro se decli- na en una sucesión de presentes.

Por ello seguimos a Koschaker en punto a la interpretación de la obra de los grandes "pontífices" del Derecho romano los postglosadores o comentaristas, que --

con su esfuerzo polidimensional hicieron llegar a aquel con voz y beligerencia a nuestros días.

"La Glossa ordinaria había adquirido un gran prestigio no solo en la práctica jurídica, si que también en el campo mismo de la enseñanza del Derecho, contribuyendo de esta suerte a estrechar la relación entre la teoría y la aplicación y preparando desde el siglo XIV, el tránsito a una nueva actitud frente al Corpus iuris y a una utilización de métodos nuevos para el estudio de éste. Ambas notas constituyen las características del período denominado de los postglosadores o comentaristas (2). En la historia, esta nueva dirección es conocida con los nombres de mos italicus, debido a que tuvo su iniciación en Italia. La nueva tendencia se extendió rápidamente por toda Europa, singularmente por el centro, y dominó hasta el siglo XVIII, contribuyendo a la penetración del Derecho romano en la práctica jurídica del continente, con más eficacia que los mismos glosadores. Entre éstos y el mos italicus no existe en realidad verdadera antinomia, -- sino más bien una transición (3) que había sido preparada ya en el siglo XIII -- por la escuela de Orleans. La actividad de los glosadores iba dirigida, como es sabido, a descubrir el sentido de la legislación justiniana; su método era el -- exegético y se pretendía fijar la significación y alcance de cada pasaje. Su interés por el corpus iuris no era un interés teórico, sino práctico, puesto que -- para ellos el Derecho justiniano era Derecho aplicable; por otra parte, los glosadores trabajan en la misma época en que se inicia la escolástica, y no hay duda de que ésta influye en ellos proporcionándoles los medios para realizar su -- trabajo con cierto sistema.

Este punto de vista es el que opera la transición al mos italicus de los comentaristas. Si los glosadores habían hasta estas fechas contribuido insuperablemente a aclarar el sentido de los preceptos jurídicos justinianos, pronto debía

surgir la dificultad de aplicar estos preceptos a las necesidades de la práctica, dificultad debida, principalmente, a la circunstancia de regir a la sazón - otros Derechos como el estatutario de los municipios italianos, el longobardo y el canónico. Había que buscar una síntesis de todos estos dispares elementos, y esta síntesis, en forma de Derecho de los juristas, poderosa y fecunda, fué hallada por los postglosadores, quienes de este modo introdujeron en la práctica - el Derecho romano. La total ausencia de sentido histórico y el autoritarismo -- que caracterizan la mentalidad de los comentaristas, revelados en su firme convencimiento de la perfecta aplicabilidad de las normas del Corpus iuris a las -- relaciones jurídicas de la época en que aquellos vivieron, les facilitó extraordinariamente su tarea. Los glosadores sólo conocían el Derecho romano; los comentaristas, en cambio, si bien consideraban éste como el más importante en la elaboración de un sistema jurídico, estimaban necesario tener en cuenta, además otras fuentes diversas tales como la costumbre, el Derecho estatutario y canónico (4). Si para los glosadores el Derecho romano, como el Derecho del imperio occidental, era ius commune, con pretensión de vigencia exclusiva, para los comentaristas constituía una cuestión previa y fundamental, la de la separación del Derecho romano de estos otros Derechos cuya consideración era según ellos -- ineludible también. Consiguieron, en efecto, separarlo del Derecho canónico, -- el cual por su universalidad valió como ius commune (5), y también del Derecho estatutario. Este último creaba serias dificultades, ya que teóricamente el emperador era legislador único. La necesidad de introducir el Derecho romano en -- la práctica, produjo inevitablemente la colisión de éste con la legislación especial de los municipios. En efecto, contendían a la sazón dos concepciones (6). Para los juristas, el Derecho romano era ius commune y como tal, Derecho per -- eminentiam, con exigencia absoluta de validez (7); el Derecho estatutario, en -- cambio, tenía una función subsidiaria, aplicándose solamente en el ámbito en --

que dejara de aplicarse el romano. Se declaraban nulas, además, las normas estatutarias que se hallasen en contradicción con el ius commune, y tales normas, — se interpretarían de conformidad con este último. Los municipios, en cambio, — adoptaron la posición abiertamente contraria. La teoría se afanó en superar(8) — esta pugna, utilizando, para ello, diversos caminos, hasta que en el siglo XIV, el principio vigente en Derecho público de que princeps imperator in regno suo, convirtió en emperador incluso al legislador particular, y mantuvo en el caso — planteado, de modo formal, el dogma político de que el emperador es en el imperio legislador único. El Derecho particular (estatutario) creó de este modo, — donde estuvo vigente, ius commune, pues se consagró la norma de que ubi cessat-statutum, habet locum ius civile, con lo que se reconocía la validez subsidia— ría del Derecho romano (9).

Que la escolástica influyó en el modo de elaborar y ordenar el material jurídico, es indudable. Se trata, en efecto, de entender y aclarar las normas del Corpus iuris ordenándolas y sistematizándolas. Los comentaristas aunque en sus — voluminosas obras no se apartan del método casuístico empleado en el Corpus — iuris, son los creadores de una doctrina jurídica sistemática. Los romanos no — conocieron la sistemática del Derecho, si se prescinde de ciertos glosemas in— sertos en los escritos de los juristas clásicos que se inspiran en la teoría jurídica bizantina, la cual, a su vez, revela el influjo probable de la teología. La sistemática de la ciencia del Derecho es con toda probabilidad creación de — la escolástica medieval. Con la ciencia del Derecho y con la teología guarda la escolástica estrecha relación orgánica. La ciencia del Derecho y la Teología — trabajan con una materia que les ha sido dada como objeto de fe por una instan— cia superior, y que desarrollan de modo metódico y comprensible. Esto es pura — escolástica.



A la escolástica pertenece el principio llamado de autoridad o mejor dicho, la sumisión del pensamiento a la autoridad. Como quiera que esta ciencia sistemática del Derecho toma sus materiales del Derecho romano, por el valor cultural que este Derecho entraña, por su relación con el imperio de occidente como poder y representación de Europa, fué la ciencia del Derecho, una ciencia eminentemente europea. A elaborarla contribuyeron todos los pueblos de Europa, — pero quedará siempre como una gloria de Italia el haberla fundado. La historia le ha reconocido este mérito al crear la expresión mos italicus.

En cuanto a la forma que adopta esta literatura, predomina el comentario — de ahí el nombre que reciben los seguidores de tal dirección — de las diversas partes del Corpus iuris, ajustándose al orden legal del mismo. No constituyen estos comentarios meras aclaraciones de los distintos pasajes, sino que suelen, además, adoptar la forma de exégesis orgánicas de los distintos títulos, — con utilización de las fuentes locales, ofreciendo una rica casuística, factor — este último determinante en gran parte del influjo que esta literatura ejerció en la práctica jurídica, ya que ésta se construye siempre sobre casos. Junto a estas obras, aparecen también las monografías doctas (tractatus). Esta época — ofrece de común con el período tardío de los glosadores, el que en ella, el Corpus iuris pasa a segundo plano, en relación con la obra de sus intérpretes. La autoridad de ésta aumentó en proporción a la libertad con que interpretaban el Corpus iuris para atender a las necesidades de la vida práctica de aquel entonces, y en proporción también a la atención que estos comentarios dedicaron a las fuentes del Derecho indígena. Las opiniones de los doctores llegaron así a prevalecer sobre el mismo Corpus iuris y los comentarios degeneraron, llenándose de disquisiciones sobre las controversias entabladas entre los juristas. Las opiniones de los doctores tenían una singular autoridad cuando se manifestaban concordes respectivamente a un punto cualquiera del Derecho. Así surgió el con-

cepto de la communis opinio (10), cuya valoración comienza en el siglo XIV a — mostrarse vacilante. Bartolo niega que el juez esté obligado a seguir la communis opinio, mientras su discípulo Baldo considera temerarium el apartarse de — ella. La doctrina se muestra reservada en general en cuanto a la estimación de la communis opinio y llega a permitir el que ésta sea objeto de estudio y sometida al argumentum a veritate. Cosa distinta ocurre en la práctica. Para esta — las decisiones autoritarias constituyen un modelo o arquetipo jurídicos. Las relaciones políticas en esta época excluyen la posibilidad de una jurisdicción — central ejercida por un Tribunal superior, y consiguientemente la formación de prejuicios o precedentes que tengan relevante importancia en el desarrollo de — un Derecho judicial y de juristas. Por esta razón, los más destacados profesores de Derecho de las Universidades —entre las cuales el primado que tuvo Bolonia es, a la sazón, disendido por las de Padua, Pavia, Pisa y Perusa— suplen — la carencia de ese Tribunal superior.

En el siglo XIV los Tribunales establecen el uso de recabar dictámenes de — los más famosos profesores de Derecho (11). Es evidente que la posición del — juez era más firme cuando fundaba su decisión en el parecer de una autoridad reconocida en el campo de la ciencia del Derecho. Por otra parte, eran los consilia un medio efficacísimo para que los comentaristas pudieran conseguir la penetración del Derecho romano en la práctica.

La obra de los comentaristas constituye un Derecho de juristas en el más — exacto sentido de la palabra. Ciertamente que con la indignación de los humanistas, usan aquellos un latín deficiente, y que sus escritos, con sus innumerables controversias y su enorme casuismo, no son en verdad muy atractivos. Además los comentaristas carecían de sentido histórico. Es verdad que éstos no compusieron sus obras con la preocupación de despertar en sus sucesores al estu—

diar Derecho romano, una mera complacencia estética. Su aportación responde a una finalidad distinta, y posiblemente de orden superior a la expuesta. Los comentaristas convirtieron los tesoros de la sabiduría jurídica romana, la técnica del Derecho de Roma, en elementos aplicables a su época, en parte viva del Derecho de su tiempo, preparando de este modo la unificación de Italia en el ámbito jurídico privado; en otro aspecto, hicieron del Derecho romano substrato de una ciencia del Derecho que llegó a ser propiamente europea. Esta finalidad no podía ciertamente ser alcanzada con la literal aceptación de las normas del Corpus iuris, sino con una selección y adaptación de estas normas a lo que era entonces derecho vigente. Esta tarea exigía ineludiblemente hombres teóricamente formados —la escolástica cuya esencia no es contraria a la de la jurisprudencia, proporcionaba las indispensables formas lógicas— y al propio tiempo, —dotados del sentido realista, de criterio formado en la práctica del Derecho. Su reverencia al principio de autoridad y su carencia de sentido histórico, les facilitó la tarea de transformar y adaptar el corpus iuris, incapaces como eran —de apreciar el valor originario de sus fuentes. La actividad de los comentaristas respecto al Derecho romano no fué meramente receptiva, sino creadora de Derecho en grado muy alto. En este sentido aquellos soportan muy bien el paragón con los juristas de Roma. Ciertamente que detrás de los comentaristas no está —la res publica y más tarde el emperador, como estuvieron detrás de los juristas romanos, y que ni siquiera tuvieron aquellos el apoyo de los reyes, como tuvieron las cortes de justicia de Westminster o el Parlamento de París, el apoyo de los reyes ingleses y franceses. El prestigio de que gozaron entre los emperadores alemanes, cuyo poder empieza a declinar a partir del siglo XIV, no es suficiente compensación. Ahora bien, lo que no pudo hacer el emperador, lo hizo la autoridad cultural del Derecho romano. El paralelo con éste resulta todavía más exacto, si se tiene en cuenta que ni el Derecho romano, ni el Derecho de los juristas, creado por los comentadores, se basa, a diferencia de lo que ocurre con

el Derecho de los juristas ingleses, en el stare decisis, esto es, en la fuerza vinculativa del precedente. En la época de los comentaristas la carencia en Italia de una jurisdicción central, impidió, como hemos visto la vigencia de este principio. En la Roma clásica se oponía al mismo el hecho de que el juez civil, como iudex privatus que era, no juzgaba en virtud de un poder estatal y soberano, sino que su potestas iudicandi derivaba de la concorde voluntad de las partes manifestada en el contrato, constitutivo del proceso, es decir, en la litis contestatio. Además el juez no había de ser precisamente un jurista.

Si el Derecho romano no fué un Derecho prejudicial o de precedentes, fué, - en cambio, un Derecho de juristas, solo que manifestó el influjo de estos de modo muy distinto. No podemos ocuparnos aquí del hecho de que en los primeros tiempos de la república fueron los pontífices inventores y creadores de las fórmulas propias del procedimiento llamado de las acciones de ley, redactores de fórmulas contractuales y asesores. A la luz de la historia encontramos a los juristas actuando como consejeros de las partes en la elección de fórmula procesal y sugiriendo innovaciones en el texto de estas fórmulas (12). Los juristas-asesoran a los jueces y magistrados, especialmente al pretor, formando parte de sus respectivos consilia, y más tarde los más eminentes de aquellos ejercen esta misma función asesora, cerca del emperador, aconsejando a éste la redacción de sus edictos, decretos y rescriptos, los cuales en realidad son obra de los juristas. Finalmente los juristas emiten dictámenes (responsa), cuya autoridad en virtud de la concesión imperial del ius respondendi, se eleva hasta el punto de ser jurídicamente vinculantes para el juez. Así pudo ser el Derecho romano hasta el ocaso de la Jurisprudencia clásica, un Derecho de juristas a pesar de no haber conocido la obligatoriedad del precedente, y de haber sido creado como lo fué, en el taller de los jurisconsultos en constante contacto con la realidad. Las gentes aprendían el Derecho estudiándolo en las obras de los ju-

risconcultos más destacados. El lector no hallaba en estas obras especulaciones o teorías, sino inmediata y viva realidad jurídica, creada por la experiencia y sentido práctico de sus autores. De aquí también la gran preponderancia de la casuística. El Derecho romano no es, sin embargo, un case law, en el sentido en que lo es el Derecho anglonorteamericano; es simplemente un Derecho de juristas y como tal, casuístico.

La analogía con los comentaristas italianos salta a la vista y se manifiesta también en otro aspecto. Característica del Derecho de juristas son su falta de orden y de sistema, consecuencias éstas naturales, de su condición de Derecho formado por decisiones de casos y de tener en él la función legislativa una actuación casi insignificante. Añádase a esto la escasa publicidad que en tiempos antiguos tuvieron las fuentes de este Derecho de juristas. Los jueces nada hacen por dar publicidad a sus decisiones; antes bien sienten prevención contra ella.

Las lagunas de que naturalmente adolece el Derecho de juristas son solidas por estos mismos. Es perfectamente comprensible, que en determinadas circunstancias, el libro de un jurista, cuando su autor ocupa una posición destacada en la práctica jurídica que le permite extraer de ella experiencias muy valiosas y posee, además, una suficiente formación técnica que le capacite para ordenarlas, goce de prestigio y autoridad tales, que en la práctica venga a ser considerado como la misma ley y sea comentada su obra por los juristas de generaciones sucesivas. Los ingleses hablan de books of authority (13). Pero tal fenómeno no es, ni mucho menos, privativo del Derecho inglés, sino que se da también con mayor o menor intensidad en cualquier Derecho de juristas en cierto grado de desarrollo, y está, como hemos dicho, determinado por la falta de sistematización de este Derecho y por la inaccesibilidad de las fuentes originales.

En un audaz paragón nos sigue diciendo Koschaker: pudiera decirse con cierta razón, que el primer books of authority de que dispusieron los postglosadores o comentaristas fué el mismo Corpus iuris. La aseveración que hicimos a propósito de los glosadores y de la Glosa ordinaria (14), de que el Corpus iuris — por su enorme dificultad de aplicación a la práctica, necesitaba de una especie de mediador o introductor que lo hiciera accesible y llegara poco a poco a su plantarle, se puede perfectamente extender a los comentaristas, y si cabe, con más razón todavía, porque el material de fuentes utilizado por éstos se veía aumentado ahora por el Derecho consuetudinario y por el estatutario. En estas circunstancias, lo decisivo no era lo que el Corpus iuris contenía, sino lo que entendían de él sus más autorizados intérpretes. Pero era sumamente difícil tener en la forzosa brevedad del momento preciso, con la disparidad de criterios interpretativos y con la enorme extensión de la literatura exegética, un cuadro sintético del Derecho aplicable al caso. La práctica necesitaba de sólidos principios y se aferraba al criterio de autoridad, y así, en el siglo XV comienza a aplicar este criterio relativamente a los comentarios de Bártolo de Sassoferrato (1314-1357) y, guardando las debidas distancias, a los de su discípulo, Baldo de Ubaldis (1327-1400). Ambos eran profesores, pero también prácticos. Bártolo, a pesar de su corta vida —murió a los cuarenta y tres años— llegó a ser una especie de dios de los juristas y del mos italicus. Nemo iurista nisi bartolista. La opinión de Bártolo tuvo la autoridad de una ley y dada la especialposición de los comentaristas, no solo en Italia, donde en la Universidad de Pavia se creó una cátedra exclusivamente para comentar a Bártolo sino incluso — en España, donde por virtud de una disposición legal (1449), en el caso de silencio de la ley, debía regir la opinión de Bártolo y de Baldo".

De la difusión de Bártolo en España da testimonio nuestro propio idioma: la palabra "bartulos" viene del libro de Bártolo, portado con mucha frecuencia, de

bajo del brazo, por los estudiantes españoles de nuestra venerable universidad.

"En Francia las obras de estos dos maestros gozaron de menor autoridad porque en el siglo XVI los comentaristas tropezaron con la decidida oposición de los humanistas, pero a pesar de esto, aquéllos lograron afirmarse en algunas Universidades como la de Toulouse. En Alemania también en el siglo XVI se oye la afirmación de que Bartoli auctoritas suprema habetur in actu practico: contra ipsum... contrarium defendere perquam est temerarium y de que las doctrinas de Bartolo y Baldo, non minus ius faciant quam principium constitutiones".

Discípulo de Baldo fué Paulo de Castro, autor de comentarios y colecciones de dictámenes, tipo de literatura jurídica con fines prácticos, cultivadas también por otros juristas de la época tales como Bartolomé Socino, Rolandino de Passagieri, Andrés de Isérne y otros.

Dejemos a Wieacker valorar el significado de glosadores y comentaristas: "la teoría de los glosadores y la práctica de los consiliatores han transformado el Estado y la Sociedad europeos, proporcionando a Europa, señaladamente por su fuerza vital transformadora, espíritu y conciencia en la forma metódica del nacionalismo. Del prestigio del Corpus iuris participaba también la comunidad de educación y de clase de los juristas, que adquirió la consagración de ciencia particular por su exclusiva dedicación al viejo texto... El jurista ha hecho posible el Estado moderno como realidad técnica. Si, en primer lugar, como conciencia cultural general, dió fundamentación ideológica al concepto moderno de soberanía, también ha elevado no sólo con su docta jurisprudencia, sino además con su actividad administrativa, al Estado regido por los príncipes por encima de los poderes estamentales y feudales".

N o t a s

- (1) J. Santa Cruz Teijeiro, prologuista y traductor de "Europa y el Derecho Romano" de P.K., prólogo.
- (2) La última denominación es hoy la usual.
- (3) En ello hace hincapié Flach, Cujas, les glosateurs et les bartolistes, Nouv - rev. hist. de droit français et étranger, VII (1883), 218 ss.
- (4) Como los derechos estatutarios se apoyan en Derecho germánico, se plantea con cierto apremio la cuestión de si los comentaristas, como hijos de su época, no estuvieron, inconscientemente, influidos por las concepciones jurídicas germánicas, cuestión esta que podía igualmente plantearse con respecto a los mismos glosadores.
- (5) Sobre las distinciones que a este respecto hacía la doctrina entre normas que respiciunt favorem animas, y cuya inobservancia constituye pecado, temporalia, spiritualia, forum laicum-ecclesiasticum, territorio del imperio-terrae ecclesiae (Estado de la Iglesia), vid. Calasso, Arch. Giur., III, Studi Besta, II, 488, Calisse, Studi Besta, II, (1936), 522, 527 ss., 530 y ss.; Leicht, Storia del dir. ital. Il diritto privato, I (1914), 15 ss.
- (6) Vid. Calasso, Studi Besta, II, 493 y ss.
- (7) Calasso, Studi Besta, II, 497 ss, habla del "diritto commune assoluto".
- (8) Calasso, Arch. giur., III, 82, ss., 89 ss., 92.
- (9) Vid. Calasso, Arch. giur., III, 93, 95; Ermini, ob. cit., 511, 516 ss.
- (10) Vid. Bussi, ob. cit. 34 - 35; Engelmann, 212 - 215, ss.; Genzmer, — Zeitschr. d. Savigny - Stiftung, röm. Abt., 61, 325, ss.
- (11) Sobre este asesoramiento (consilia) vid. Engelmann, 242, ss.
- (12) Vid. Wlassak, Die Klassische Prozessformel, Sitz. Ber. Wien. ph. h. Kl. 202, Nr. 3 (1924), 20, ss., 25, ss., 140, ss.; Wlassack, Vom röm. Recht (1944) II, ss.



(13) Schwarz, 62, ss.

(14) Vid. supra, 114, 137.

## CAPITULO XIII

## LOS HUMANISTAS

"Los italianos detentaron —escribe Koschaker (1), a quien seguimos en esta — encrucijada del Derecho europeo— durante más de tres siglos la hegemonía en el estudio del Derecho romano que ellos mismos iniciaran. Esta primacía fué perturbada por el humanismo. El humanismo, al situar el ideal formativo del hombre, en el estudio de la antigüedad pagana, lo secularizó, independizándolo de la Iglesia y liberándolo de todas las ataduras medievales que lo constreñían. Creó y elaboró (2), la idea de la moderna personalidad, esto es, de una personalidad, que al menos en lo que atañe a las cosas del espíritu, no se somete a autoridades extrañas, sino que halla en sí misma la medida y el canon ejemplares. De este modo lo logró establecer el fundamento del moderno concepto de la ciencia, de una ciencia— que no trabaja con verdades que le han sido impuestas, sino que se afana por descubrir ella misma la verdad, disponiendo de todos los medios a su alcance, y sin limitación alguna en lo que respecta a la elección y uso de éstos.

Todo ello influyó, como no podía menos de ocurrir, en la valoración del corpus iuris, y fué penetrando en época relativamente tardía en el círculo de los — humanistas (3). El corpus iuris, como libro autoritario y casi sagrado, fué, valga la expresión, secuestrado por los juristas e interpretado con ciega sumisión a la autoridad que de él irradiaba y con criterio típicamente medieval. Para — los humanistas, en cambio, el corpus iuris no fué otra cosa que una manifesta— ción del antiguo espíritu de Roma, no una colección de mandatos y prohibiciones— que postulaban vigencia inmediata y que debían ser interpretados con un sentido—

actual y vivo; era el corpus iuris expresión de la antigua mentalidad romana, - cuyo verdadero sentido debía inquirirse con todos los medios disponibles y prescindiendo de toda consideración del valor práctico que pudiera tener en la actualidad. El corpus iuris fué así liberado de su secular aislamiento. Los glosadores y comentaristas solo conocían la legislación de Justiniano, y los comentaristas, además de ésta, conocían el Derecho autóctono, especialmente el estatutario. Las restantes antiguas fuentes del Derecho romano, incluso las mismas - fuentes griegas que aparecían transcritas en el corpus iuris exigieron, en cambio, del jurista, conocimientos filológicos e históricos, dominio de la literatura antigua, la cual, para la exacta valoración del corpus iuris, era de todo punto imprescindible. No es una mera casualidad el que debamos a los humanistas de esta época el descubrimiento de una gran parte de manuscritos de textos jurídicos fuera del corpus iuris, ni que entre los humanistas, el codice florentino fuese estimado como el más antiguo manuscrito de los digestos, frente al manuscrito de la vulgata, utilizado por glosadores y comentaristas; ni finalmente - que también entre los humanistas tuviera notable desarrollo la crítica de las - fuentes (4).

Para los humanistas, el corpus iuris fue simplemente una fuente de conocimiento del Derecho romano histórico, y por eso hicieron crítica interpolacionista y descubrieron una nutrida serie de interpolaciones. Un humanista de época - tardía, Antonio Faber (1557-1624) contribuyó a descubrirlas en una proporción, - que nada tiene que envidiar a la proporción en que han sido descubiertas por - los modernos críticos. De esto resultó, naturalmente, una sobreestimación del - Derecho antiguo y clásico y una actitud casi hostil frente a Justiniano y a Triboniano, director de la compilación, a quienes se imputó la deformación y falsificación del antiguo Derecho (5); críticas y juicios que en los partidarios del mos italicus debían producir verdadero espanto (6).

Esta nueva actitud frente a las fuentes del Derecho romano determinó puntos de vista distintos para su valoración. Los humanistas estaban profundamente convencidos de la grandeza e importancia del Derecho romano; pero para ellos no — era lo decisivo la autoridad que este Derecho tenía como legislación del emperador Justiniano, sino sus características y rasgos esenciales, en parangón con — el Derecho nacional (7). Esta nueva manera de valoración fué propulsada por el — alborear de un sentimiento nacional italiano, determinado en las clases cultas — por la conciencia de su entronque con la antigua cultura, por la historia de Roma sentida por ellas como propio pasado, y por el desarrollo del concepto de lo bárbaro. El Derecho bárbaro en comparación con el romano, adolece de primitivismo y tosquedad siempre según el paradigma de los antiguos modelos (8). Para Petrarca, en el fondo, todo el que no es italiano es bárbaro, y bárbaros son, según él, los mismos franceses aunque reconozca esse Gallos barbarorum omnium mitiores. Ello revela una interesante conexión del concepto de lo cultural con — los sentimientos nacionales de que antes hablábamos (9). Sin embargo el bárbaro tipo es el alemán y con tal tipicidad aparece éste a los pueblos románicos. Esta concepción se alimenta de la oposición política que concita el imperio alemán, oposición que sólo lentamente llega a ser superada.

En lo que se refiere al corpus iuris y al Derecho que este contiene, la — idea de que ambos constituyen un valor cultural superior, se difunde en Francia (centro más tarde de la dirección humanística de la ciencia del Derecho) por — los legistas de los siglos XIII y XIV. Estos enseñaban que el Derecho romano en Francia no tuvo validez inmediata, como los glosadores querían, sino que se introdujo mediante la costumbre y en virtud de sus cualidades intrínsecas, que lo hacían sumamente adecuado para facilitar la comprensión del Derecho nacional y — para suplir las lagunas que éste ofrecía. No rigió, pues, como ius scriptum, — sino como ratio scripta; no ratione imperii, sino imperio rationis; concepción—

ésta que utilizaron los legistas del siglo XIII para apoyar la actitud abiertamente hostil de la monarquía francesa contra el imperio, y contra el Derecho romano concebido como Derecho imperial.

Todo ello tuvo, como es natural, una evolución lenta. Ya en el siglo XV hubieron en Italia gentes —filólogos como Lorenzo Valla (1406-57) y Angelo Poliziano (1454-94)— que llevaron al estudio del corpus iuris los criterios y puntos de vista que hemos indicado anteriormente. Entre los juristas, el milanés —Alciato los aplicó también. Y como Alciato no tuvo adictos en Italia, marchó a Francia, donde con el filólogo Budaver fundó en Bourges la escuela humanística, la cual alcanzó su máximo prestigio con Jaques Cujaz (Cuiacius, 1522-1590)(10). En Alemania figura como principal representante de esta nueva dirección Ulrich Zasius (11) (1461-1535).

En lo que se refiere a los principios, y al método empleado, la dirección humanística se sitúa en abierta oposición al viejo romanismo y especialmente —frente a los postglosadores. Tal dirección, llamados gallicus, se enfrenta —abiertamente con el mos italicus haciendo a éste objeto de acerbos críticas y usando de expresiones que pugnan con los imperativos de la más rudimentaria cortesía. Resulta todavía comedido el juicio de Cujaz sobre los bartolistas, de —quienes dice: verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi (12). Tono mucho más fuerte predomina en la novela satírica Pantagruel, de Rabelais. —Rabelais fué también estudiante de Derecho romano y compara la obra jurídica de Justiniano con un paño riquísimo y precioso, cubierto por la glosa de Acursio, —de inmundicias. En otro lugar habla de las sottes et desraisonnables raison et ineptes opinions de Acursio, Bártolo y Baldo, que nada saben de Derecho romano —ni conocen el griego ni el latín, mais seulement de gothique et de barbare. —Sobra decir que los bartolistas, por su parte, replicaron adecuadamente a estos ataques. La defensa más relevantes del mos italicus fué, sin duda, la hecha por

el italiano y profesor de Oxford, Alberico Gentili en su obra De iuris interpretibus dialogi sex, tanto por su contenido como por la mesura de su tono polémico, en la que apartándose de la agresividad insultante de los humanistas, llega en su imparcialidad a reconocer los méritos de los adversarios. En 1555 se produce en Leipzig una verdadera lucha entre ambas direcciones, cuando el profesor Melchor V. Ossa en un informe al elector, defendió el mos italicus frente a su colega Pedro Lorioz, humanista, no ciertamente de los más conspicuos, y que procedente de Bourges, se hallaba a la sazón en Leipzig. En Alemania y en Italia — se producen manifestaciones tumultuosas de los estudiantes, pidiendo la aplicación del método de Bártolo y sus partidarios, el cual en algunas Facultades alemanas, era impuesto obligatoriamente a los profesores (13).

Si intentamos valorar en su conjunto las aportaciones del humanismo a la — ciencia del Derecho, no puede haber la menor duda de que desde el punto de vista del moderno concepto de la ciencia, estas aportaciones suponen un enorme progreso. Constituye un noble empeño al propio tiempo que un principio científico, el liberar las fuentes de la costra de la glossa ordinaria y de las innumerables controversias de sus comentaristas, abordándose el estudio de aquellas fuentes de un modo directo y procurando descubrir la verdad histórica en ellas contenida no con criterio de autoridad, sino sirviéndose de todos los medios científicos entonces disponibles. Los humanistas no llegaron a conocer, en verdad, — una historia del Derecho en el moderno sentido de esta denominación. La moderna historia del Derecho es debida a la escuela de Savigny. Lo que los humanistas — crearon no fué otra cosa en realidad, que antigüedades jurídicas, pero precisamente por la profunda exégesis que hicieron de múltiples pasajes — a ella debe — su fama — contribuir a la inteligencia de las fuentes del Derecho romano de modo eficacísimo, y el comentario de Jacobus Gothofredus, humanista tardío, al Código Teodosiano, es todavía hoy obra no superada y de valor in-

preciable para el actual historiador del Derecho (14).

Sin embargo, el reconocimiento de estos méritos no excluye la crítica de — otros aspectos de la escuela de los humanistas. El fundamento de esta crítica — la hallamos ya en los citados *Dialogi*, de Alberico Gentili. Los humanistas, al exigir en el investigador y en quien se dedicaba al estudio del Derecho romano — conocimientos de filología e historia y un saber realmente enciclopédico, intro — dujeron en la ciencia del Derecho elementos extraños, y dieron a estos valor — preponderante, imprimiendo así en esta ciencia un carácter especial que antes — no tenía. El estudio del Derecho romano siempre estuvo, por la dificultad que — entrañaba el corpus iuris, reservado a los doctos, pero a partir de los humanis — tas se convirtió en privilegio exclusivo de un grupo de sabios, los cuales, por su gran formación humanística y por la profundidad de su saber, perdieron todo — contacto con la gran masa de juristas y con la práctica.

Se produjo un caso muy parecido al de la lengua latina. Los humanistas re — prochaban a los comentaristas el latín bárbaro que éstos empleaban. Este latín — medioeval no llegó a ser nunca un lenguaje popular, pero sí una lengua usada — por círculos amplios, especialmente por el clero y por los juristas doctos. Un — latín pulido y ciceroniano era, sin duda alguna, más elegante, pero por esto — mismo reducido en su uso al pequeño grupo de humanistas selectos, y si este la — tín pudo provocar, por contraste, el descrédito del latín medioeval, no pudo, — en cambio, sustituir a éste. A lo sumo consiguió impulsar el desarrollo de las — lenguas nacionales (15).

Nadie negaría a los humanistas el mérito de haber iniciado un estudio verda — deramente histórico del Derecho romano. Pero sí acertaron a descubrir el senti — do y valor histórico del corpus iuris, y pusieron de relieve su condicional — temporalidad, ¿no es evidente que al propio tiempo esta tendencia destacó la —

distancia temporal que separaba el corpus iuris del momento en que tal tendencia se produjo y suscitó la duda de si el Derecho contenido en el corpus iuris no era inadecuado para satisfacer las necesidades de aquella época? Ya el filósofo italiano del Derecho Juan Bautista Vico caracterizó certeramente a los humanistas, afirmando que ellos potius leges romanis suas reddiderunt, quam ad nos nostri rebus publicis aptas apportaverunt (16) y Stintzing (17) formuló la pregunta de si realmente se hubiera producido una recepción del Derecho romano, en el supuesto en que los glosadores hubieran sido humanistas. Stintzing — dió con razón a la pregunta una respuesta negativa.

La recepción constituye un fenómeno singular. Sin imposición por parte del Estado, el Derecho romano llegó a ser no sólo en Alemania, sino en casi toda Europa, fundamento de la ciencia del Derecho, al propio tiempo que se introdujo también en la práctica jurídica. Desde Conrig (1643) se intentó explicar en Alemania la recepción, considerándola como originada en una costumbre general y mejor diríamos europea, Ningún reparo merece esta explicación si se hace la salvedad de que los creadores de esta costumbre fueron los juristas. Ciertamente que nada se dice acerca del fundamento de tal costumbre, y a este propósito — conviene recordar lo dicho anteriormente, a saber, que no es la superioridad, — la mayor perfección intrínseca del Derecho romano en comparación con el Derecho nacional, bárbaro y tosco, lo que decidió la pugna en favor del primero. — Tal creencia se atribuyó a los humanistas. Ello supondría el que los juristas hubieran podido elegir entre Derecho romano y Derecho nacional. Pero no hubo — tal posibilidad de elección (18). El Derecho romano se impuso desde el principio con autoridad vinculante, como código del emperador Justiniano, primeramente como Derecho del imperio occidental, sucesor del imperio romano, y, por consiguiente, como Derecho propiamente imperial. Este imperio abarca según los — glosadores y sus sucesores, toda Europa, y reclama un Derecho unitario, que no



podía ser otro que el romano: unum imperium, unum ius. No puede negarse que la Europa occidental nada quiso saber de tal imperio y que las construcciones mediante las cuales los juristas quisieron someterla al mismo y al Derecho de Roma, aparecen dislocadas y poco coherentes. Ahora bien, detrás de estas construcciones, hay una realidad histórica construida por la unidad de la cultura cristiana occidental, como organización querida por el mismo Dios y respecto a la cual, el Derecho romano era un ius commune, pues plasmada en el impero de Carlomagno, esta organización venía a ser el imperium cristiano romano universal. Era esta una idea europeo-universal y regía en aquellos países europeos no sometidos al emperador y en los cuales había una fuerte tendencia a sustraerse a la obediencia a éste. El corpus iuris era, pues, para los juristas medievales un código autoritario que no necesitaba ser recibido, porque su solo conocimiento llevaba implícita la exigencia de su validez práctica.

Los juristas de la Edad Media aplican los preceptos del corpus iuris a las necesidades de su tiempo y los llenan de contenido actual con una absoluta despreocupación histórica. Ello no puede ocurrir, naturalmente, sin violentar y deformar el sentido histórico del corpus iuris apenas presentado por los juristas. Su forma de pensar les permitió con seguro texto eliminar del corpus iuris todo aquello que era inaplicable a su época, incorporando al Derecho vigente y a la ciencia del Derecho todo cuanto el Derecho romano ofrecía de humano y de valor intemporal y eterno. Por eso los juristas medievales y especialmente los comentaristas, transformaron el Derecho romano en una parte viva y fecunda de la cultura jurídica europea y esta su aportación, no puede en justicia ser estimada en menos que la que realizaron los humanistas, restaurando el Derecho de Roma como creación admirable de la antigüedad clásica. El trabajo de los juristas del mos italicus era de índole jurídica práctica y creadora del Derecho. Lo que crearon fué un Derecho de juristas. La labor, en cambio, de los humanistas-

partidarios del mos gallicus, era de carácter científico en la más moderna acepción de esta palabra; trataba de llegar a conocer aquel Derecho simplemente por conocerlo, por imperativo de verdad y sin mira alguna al valor práctico que pudiera aquel tener. Los humanistas crearon un Derecho profesoral. El influjo de los humanistas en la práctica del Derecho fué nulo; más bien a ellos se debe la tajante separación entre la teoría y la práctica y el haber sido esta última excluida de las Universidades.

Cabe también preguntar si la recepción del Derecho romano no hubiera encontrado fuertes impedimentos, si la dirección humanística hubiera tenido preponderancia en la ciencia del Derecho. A tener prudente cautela en la respuesta a esta cuestión, nos previene el hecho de que precisamente en el siglo XVI, cuando la escuela de Bourges alcanzaba su máximo florecimiento, era muy intensa la recepción en Alemania y en los países del centro de Europa, y en la misma Inglaterra, se iniciaba la lucha del Derecho romano con el common law. La cuestión — podía en realidad plantearse si los humanistas hubieran prevalecido en todas — partes, lo que no sucedió. En la misma escuela de Bourges no había unidad de — pensamiento, pues no basta para juzgar esta escuela, fijarse únicamente en la — actitud mantenida por Cujaz. Hubo en su seno profesores de Derecho, como Pierre Lorioz, que recibieron fuerte influjo de los comentaristas, y frente a Cujaz — aparece el gran sistematizador Donello, que empezó siendo bartolista (19). El — experto cazador de interpolaciones A. Fabre era presidente del Senado de Chambery (20). Ulrico Zasius conocía la literatura del mos italicus, pues de otra — suerte no hubiera podido realizar aquella feliz concordia de los Derechos romano y alemán, que se manifiesta en el Derecho de Friburgo que a él se debe y que apareció cuando desplegaba como secretario del Ayuntamiento, una actividad eminentemente práctica (21).

Las mismas tendencias se manifiestan en los retoños de la escuela de Bourges, en Bélgica y Holanda.

Los humanistas no consiguieron, sin embargo, desterrar el mos italicus. Al fin lo sumo logran afirmarse junto a éste. En Italia, a pesar de que la orientación humanística en el estudio del Derecho romano, allí se inició, no pudo penetrar en las Facultades de Derecho. En estas facultades continuó predominando el mos italicus.

Solmi ha dicho, con razón, que la atomización política de Italia y el particularismo jurídico que fue su consecuencia, hicieron necesario tratar el Derecho romano como Derecho vivo, por ser este Derecho propulsor del unitarismo y baluarte de la nacionalidad que a la sazón se estaba fraguando ya en Italia. La unidad jurídica no podía ser creada mediante el estudio docto, un tanto arqueológico, del Derecho de Roma. Solo los juristas con sentido práctico, como fueron los bartolistas, podían crear la unidad, y la falta de una instancia central, que con su jurisprudencia hubiera facilitado ese importante cometido, fue suplida por las Facultades de Derecho. Cosa parecida ocurría en Alemania. También en este país el Derecho romano como Derecho imperial era símbolo de la unidad jurídica. Pero en Alemania había un Tribunal Supremo. El Tribunal cameral real aplicaba en el siglo XV Derecho romano (23). El Tribunal cameral del Imperio, por virtud de una ordenanza de 1495, lo aplicó también. La jurisprudencia de este último Tribunal fue para la recepción, de la más alta importancia (24), sin embargo, su actividad no fue tan regular, ni tan influyente, que hiciese superfluo el apoyo de las Universidades en la misión de introducir el Derecho romano. Para prestar este apoyo fueron requeridos especialmente los juristas partidarios del mos italicus. Precisamente en la época de la recepción, en el siglo XVI, no era escaso el influjo del humanismo en las Facultades de -

Derecho y hasta puede hablarse de una verdadera importancia de maestros de Derecho de la escuela de Bourges. La afluencia de éstos todavía llegó a aumentar, — porque por ser tales maestros hugonotes en su mayor parte, se vieron forzados, — por motivos de orden confesional, a abandonar su patria y a refugiarse en la — Alemania protestante (25).

No se puede hablar, pues, de preponderancia y, menos aún, de hegemonía del humanismo en Alemania, pues la finalidad práctica que a la sazón se imponía a — los juristas alemanes, no las permitía.

Volviendo la vista atrás, resulta significativa la actitud de la llamada en Alemania jurisprudencia elegante (26). No es esta jurisprudencia hija espiritual de la escuela de Bourges, sino más bien nieta. Apareció bajo la influencia de la escuela holandesa del siglo XVII y coincide con ésta en la tendencia a — mantener contacto con la práctica, como lo acredita la doble actividad teórica — y aplicativa a un tiempo, de sus más conspicuos representantes. Solo en el siglo XVIII cristaliza el estudio del Derecho romano con carácter exclusivamente — histórico y como ciencia de la antigüedad (27). El desarrollo completo de esta — dirección fué frustrado por la aparición en Alemania, en este mismo siglo y con innegable predominio, de la escuela de Derecho natural. El nombre de "jurisprudencia elegante" que se aplicó a esta dirección, está indicando a las claras su carácter docto, selecto e impopular.

Tampoco en Francia, el país clásico del humanismo jurídico, goza esta — tendencia de un verdadero monopolio en las Universidades. El mos italicus, aunque en situación diferente de la que tuvo en Italia y en Alemania, no fué desconocido en Francia y llegó a tener en el mediodía, y especialmente en Toulouse, notable arraigo (28). Ya dijimos que la escuela de Orleans contribuyó en no escasa — medida a la difusión del mos italicus. En Italia y en Alemania, como ya dijimos

se trataba de conseguir mediante el Derecho romano la unidad jurídica, empresa esta en la que no se podía prescindir de la colaboración de las Facultades de Derecho predominantemente bartolistas. Francia se encontró en el siglo XVI ante el mismo problema y lo resolvió partiendo de bases y empleando métodos diferentes, teniendo muy en cuenta su Derecho nacional que era en esencia Derecho franco y, por tanto, germánico, pero al mismo tiempo no entablado lucha con el Derecho romano, sino utilizando éste y apropiándose sus finos conceptos, su sistemática, el método de los legistas y canonistas, y en algunas materias, como la del Derecho de obligaciones, incluso las normas materiales o sustantivas del Derecho de Roma (29). Que la tarea resultara entonces muy asequible se explica — por la organización política de Francia en esta época y por el creciente poder del rey. Esta labor fué preparada por la ordenanza de Carlos VII, de Montils — les — Tours (1454), en la que se ordenaba con carácter obligatorio para toda — Francia, la consignación por escrito de las Coutumes, lo cual fué llevándose a efecto durante los siglos sucesivos. Significaba esto un paso importante hacia la unidad jurídica, pues se abolían las costumbres locales y se consignaban por escrito solamente las coutumes generales, esto es, las provinciales. Facilitó — también mucho la empresa, la intervención del Parlamento de París relativa al — procedimiento de redacción. Sobre este fundamento los juristas franceses de los siglos XVI al XVIII —el inicio y el final de esta línea es señalado respectivamente por los nombres de Dumoulin y de Pothier— construyeron el droit civil commun en conexión con el Derecho romano, comparando las coutumes entre sí, suprimiendo las repeticiones, comentando y siguiendo el método de los legistas, — salpicando estos comentarios, con citas del corpus iuris. La coutume de París — redactada en 1510 y reformada en 1580, según Dumoulin caput omnium totius — Galliae consuetudinum, fue considerada como modelo en esta tarea unificadora, — lo mismo que la jurisprudencia del Parlamento de París. No era ésta en verdad —

una corte suprema, con jurisdicción para toda Francia, especialmente desde que - en el siglo XV, de los tribunales superiores de los grandes señoríos, surgieron los parlamentos provinciales, los cuales, lo mismo que el de París, eran soberanos, esto es, sentenciaban de modo inapelable, con lo que se venía a fomentar un indudable particularismo jurídico.

El Parlamento de París es ciertamente muy superior en importancia (30).

El Derecho romano, finalmente, sirvió para superar la oposición entre el Norte y el Sur, entre los países de droit coutumier y de droit écrit, con lo que se acrecentó la influencia del Derecho natural, al tomarse como base de este el mismo Derecho romano (31). Debe tenerse en cuenta que los juristas que más contribuyeron a su desenvolvimiento, eran prácticos, la mayor parte abogados del Parlamento de París, y que Dumoulin era un convencido bartolista (32). Lo cual es perfectamente comprensible pues solamente los juristas con orientación práctica, en constante contacto con la vida del Derecho, y en modo alguno los humanistas o los profesores más o menos interesados en la arqueología, eran capaces de crear el Derecho civil francés como realidad histórica y viva. El ancien droit era Derecho de los juristas, pero también lo era el Derecho romano de los comentadores, y la recepción del Derecho de Roma en Alemania fue, como veremos más adelante, llevada a cabo también por los juristas. Lo que prestó al fenómeno francés su peculiaridad fué la exclusión de las Universidades. El droit commun francés se basa fundamentalmente en el Derecho patrio y éste no fue objeto de cultivo universitario, pues en las Universidades se enseñaba solamente Derecho romano y canónico en lengua latina. Pero no es este fenómeno exclusivo de Francia, sino que se dió también en Inglaterra y Alemania. Por otra parte el Derecho civil común francés no se desarrolló como el common law independientemente o en abierta lucha con el Derecho romano, sino en relación más o menos íntima con este último. Carezco de material suficiente para poder resolver esta cuestión, -

pero con todo, no puedo silenciar la presunción que tengo por fundada, de que el humanismo, ya por el escaso influjo que tuvo en la práctica jurídica, o ya porque ésta se adelantó en la tarea de crear un Derecho civil francés de carácter unitario, sea responsable de la postergación que en la realización de esta empresa sufrieron las universidades. Por otra parte carece totalmente de trascendencia el hecho de que en las universidades se estudiase el Derecho romano con fines puramente científicos y en modo alguno prácticos. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que las Facultades francesas de Derecho experimentan una indudable decadencia, se despueblan y fosilizan, en tanto que la tendencia práctica fuera de las universidades, acusa en esta época un notable florecimiento (33). El humanismo, no obstante, se afirma largo tiempo en sus posiciones (34), y todavía en 1684 el inglés Duck podía decir, iuris prudentiam romanam, si apud alia gentes extincta esset, apud solos Gallos reperiri posse. Solo Luis XIV, por la reforma llevada a efecto con el edicto de St. Germain-en-Laye, vitalizó las universidades mediante la organización de los "profesores reales", llamados así por recibir del rey su nombramiento y su retribución. Estos profesores debían enseñar Derecho civil francés (35) y no al modo tradicional de los romanistas y canonistas, en lengua latina, sino en lengua vulgar, en francés. Tales profesores eran prácticos al mismo tiempo, y propuestos de entre los abogados por los Parlamentos, eran nombrados por el Rey. No sin oposición por parte de las Facultades, entraban a formar parte del claustro de las mismas (36). El Estudio en las Universidades y la obtención en éstas de determinados grados académicos, era ahora condición indispensable, para poder dedicarse a la práctica de la profesión (37). De esta manera conservó la Universidad su función formativa de las futuras generaciones de juristas y se evitó que, como ocurrió en Inglaterra, los centros universitarios no tuvieran intervención en este importante y peculiar cometido.

La figura más destacada de esta corriente humanística en España es la de Antonio Agustín (1517-1586), arzobispo de Tarragona y discípulo del italiano Alciato.



Notas

- (1) F. Koschaker, Europa y el Derecho Romano, 167, ss.
- (2) Vid. Durchkardt, Die Kultur der Renaissance in Italien (1899), I, 41, ss., II, 29, ss.
- (3) Vid. H. Gelf, Grosse Rechtsdenker, 39, ss.
- (4) Para fines comparativos fue utilizada ya por el alemán Halbander en su edición del Digesto de 1829.
- (5) El humanista francés F. Hotman, con el título Antitribonianus, publicó en 1567 un escrito en el que dirigía duros ataques a la codificación de Derecho privado, llevada a cabo por Triboniano y en él propugnaba que el Derecho romano fuese expurgado de toda disquisición de carácter práctico y filosófico.
- (6) Vid. además de lo que se indica en el texto Girard, Les préliminaires de la renaissance du droit romain, Revue hist. du droit français et étranger, — nouv. sér., I (1922) 6, ss.
- (7) A este respecto resulta característica una manifestación del humanista inglés Reginald Pole del siglo XVI. Aconseja la introducción en Inglaterra - del Derecho romano como the comyn law almost of all Chrystyan natyngs.
- (8) Las disquisiciones de De Mattei, Sul concetto di barbaro e barbari nel - Medio Evo, distinguiendo el concepto histórico de bárbaro y su deformación cristiana expresada en la ecuación barbarus = non Christianus, no son pertinentes a nuestro objeto.
- (9) De Mattei, 495, ss.
- (10) Vid. Stintzing, I, 367, ss.; Solmi, 643, ss.
- (11) Para Zasius vid. Stintzing, I, 155, ss.
- (12) Flach, Nouv. rev. hist., VII (1883), 216, ss.
- (13) De lo primero nos informa Gentili (vid. Koschaker, 68).

- (14) El que en las lecciones y conferencias se apartasen para conseguir una más metódica y sintética exposición de la materia, del orden legal seguido por los comentaristas, consiguiendo así una mayor eficacia pedagógica, es mérito que debe figurar en el haber de la dirección humanística.
- (15) Vid. Rüdiger, 78, ss.
- (16) Citado por Astuti.
- (17) Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft, I, 113.
- (18) Calasso, Studi Besta, II, 512, no se muestra justo con la recepción en Alemania cuando afirma que fueron los humanistas quienes la operaron por motivos de índole científica.
- (19) Esmein-Genestal, Cours, 732, ss.; Stintzing, I, 377, ss.
- (20) Stintzing, I, 685, nota 2.
- (21) Vid. Kunkel, pag. XXII, ss.; Wolf, Rechtsdenker, 68, ss.
- (22) Storia del diritto italiano (1930), 645, ss.
- (23) Vid. Franklin, Das Königliche Kammergericht vor dem Jahre 1495 (1871), 45, ss.
- (24) Vid. v. Below, Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland (Hist. Bibliothek) (1905), 126, ss.
- (25) Vid. supra, 135.
- (26) Stintzing, II, 254, ss.
- (27) El mismo Heinecius, su más conspicuo representante, dotado de formación teológica y filológica, profesor en Franeker, en Holanda y luego en Frankfurt sobre el Oder y en Halle, no es un humanista en sentido absoluto.
- (28) Vid. Declercq, 849, ss.
- (29) Esmein - Genestal, Cours, 686, ss.

- (30) Considerese la conocida manifestación de Loyseau (siglo XVIII) sobre el Parlamento de París, qui nous a sauvé en France d'être cantonnez et démembrés comme en Italie et en Allemagne.
- (31) En este sentido escribe Domat (1625-95), abogado en el Presidial Clermont-Ferrand sus Lois civiles dans leur ordre naturel con el intento de popularizar el Derecho romano en la práctica.
- (32) Vid De Curzon, L'enseignement du droit français dans les universités de France, en Nouv. rev. hist. 43 (1919), 250, ss.
- (33) De Curzon, 211, ss.
- (34) Declareuil, 848, ss.
- (35) Vid. Ol. Martin, Mélanges Sugiyama, 265, ss.
- (36) De Curzon, 225, ss.; Declareuil, 885, ss.
- (37) De Curzon, 306; Declareuil, 885.

## CAPITULO XIV

## PROPAGACION DE LA CIENCIA ROMANISTICA DEL DERECHO

" El siglo XV y el XVI —dice Koschaker— representan no sólo para Alemania, si que también para otros países, la época de la recepción práctica, esto es, un período en que el Derecho romano recibe práctica aplicación.

Indudablemente que la recepción es la causa de que en Alemania y en otros países europeos se mantenga el estudio del Derecho romano en los planes de enseñanzas jurídicas de las Universidades. Se puede incluso admitir, que este fenómeno — de la recepción, sea una de las causas importantes de que se conserve su estudio — en los países en que ésta se produjo, estudio que, por otra parte, había de conducir a la aplicación práctica del Derecho romano. Pero si la recepción puede considerarse como causa relevante de este hecho, no es su causa exclusiva, y nos atrevemos a decir que ni siquiera la más importante. Por lo que se refiere a Alemania la recepción, después de la vigencia del Código civil durante más de medio siglo, es ya res acta (1), aún después del renacimiento de los estudios romanísticos operado por la escuela de Savigny. Si los estudios romanísticos no tuvieran otra causa justificativa que la de la recepción, no se abrigaría el más leve escrúpulo — para abolirlos definitivamente (2). En esta situación se hallan, desde los comienzos del siglo XIX algunos territorios alemanes y a ella ha llegado también la mayor parte de las naciones europeas que habiendo sufrido la recepción con mayor o menor intensidad, han llevado a cabo la codificación de su Derecho privado. El Derecho romano sufrió limitaciones más o menos rigurosas en estos países, pero en -

ninguno de ellos fué abolido, y en Alemania, sin duda por influjo de la escuela histórica, más bien experimentó un notable incremento.

El argumento de la recepción —seguimos el despliegue panorámico que ofrece Koschaker— es también, en otro respecto, insuficiente, porque no explica el hecho de que se enseñe Derecho romano en países que no tuvieron aquella. Entre estos países figura Inglaterra (3). En las universidades de Oxford y Cambridge y también en la de Londres, se sigue enseñando Derecho romano en una proporción que supera con mucho la intensidad que alcanzan estos estudios en las universidades alemanas. Con todo, no hay que exagerar el valor de este dato, pues el cultivo del Derecho romano en Oxford y Cambridge, se apoya en una tradición que se remonta a la Edad Media, y el inglés, a diferencia del alemán, siente la tradición muy vivamente.

Solo con reservas puede aquí mencionarse el caso de los Estados Unidos. Estos territorios se hallan regidos por el common law inglés, llevado allí por los colonizadores. Lo mismo puede decirse de El Canadá, con excepción de la provincia de Quebec, en donde, por haber sido colonia francesa (1604), (4), rigieron la coutume de París y las ordenanzas de los reyes de Francia, las cuales fueron en 1866 sustituidas por una legislación fuertemente influenciada por el code civil (5). Nada prejuzga contra este predominio del common law, la circunstancia de que en la época de los primeros colonizadores y en la subsiguiente a la declaración de la independencia, se percibiera un sentimiento de repulsión hacia él (6). No puede hablarse respecto a Norteamérica de un influjo directo del Derecho romano, —contra el cual, como en Inglaterra, hubiera de defenderse este país. Tal influjo es a lo sumo mediato e indirecto, porque en algunas regiones de Norteamérica rigieron, y aún rigen, Derechos europeos, los cuáles, en un cierto grado estaban influenciados por el Derecho de Roma (7). Ejercen allí un gran ascendiente los De

rechos español y francés. El último especialmente en Louisiana, colonia francesa creada en 1682, sujeta durante el siglo XVIII sucesivamente a la soberanía española y francesa, hasta que en 1803 se incorpora a los Estados Unidos. Regieron, pues, allí, el Derecho francés y el español, ambos inspirados en el code civil, y en 1825 aparece el Código de Louisiana (8), el cual, al decir Sherman (9), es "the most famous of all American codes". El Derecho español estuvo vigente en — Florida y en cierto número de Estados occidentales y suboccidentales, creados en 1848 con los territorios cedidos por México a la Unión, y en los cuales las gentes fronterizas sentían marcada predilección por el Derecho hispánico, pues, por estar inspirado éste en el romano, regulaba mucho más fácilmente que el common law la transmisión de inmuebles, con lo que se adaptaba mucho mejor que este último a la forzosa mutabilidad de las relaciones inmobiliarias impuesta por las — circunstancias a la sazón imperantes en los mencionados países. Por otra parte, en lo que respecta a las sucesiones, el Derecho español les resultaba también más — ventajoso (10). En Nueva York, D. Ludley Field elaboró un proyecto de código inspirado también en el code civil, y si bien allí no llegó a regir, tuvo, en cambio, vigencia en otros Estados, entre ellos en el de California. Sin embargo, en el siglo XIX es preponderante el common law.

En estas circunstancias se debe adoptar una actitud cautelosa para enjuiciar la importancia de la enseñanza romanística en los Estados Unidos. A fines del siglo XVIII en la Universidad de Yale se explican lecciones de Derecho romano, y a decir verdad, a partir de esta época, Yale va a la cabeza de las demás universidades en lo que se refiere al cultivo del Derecho de Roma. Durante el segundo — tercio del siglo XIX otras universidades americanas (Chicago, Columbia, Harvard, Pennsylvania, Stanford) dan también entrada en sus estudios a las enseñanzas románicas (11). En la producción de este hecho pudo influir la escuela histórica-alemana (12) y también la dirección unilateralmente historicista de los estudios

de Derecho romano iniciada en Alemania, la cual, indudablemente, repercutió en algunas universidades americanas (13). Con todo, es evidente que en este respecto ofrece Norteamérica un claro paralelo con el desenvolvimiento de los estudios de Derecho romano en la edad media, ya que la difusión de éste se produce allí, lo mismo que en la época medioeval, a través de las universidades. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en Europa, el estudio del Derecho romano es en Norteamérica puramente académico, y si bien confiere grados universitarios, no otorga otros títulos. El mismo carácter académico tiene el "Riccobono Seminar of roman law in America" creado en 1928 en la Universidad de Washington, para dar impulso a los estudios romanísticos y que lleva el nombre del gran profesor italiano (14). No puede hablarse en América de influencia del Derecho romano en la práctica. Téngase en cuenta que para el ejercicio de una profesión jurídica, incluso para el ingreso en la bar, si se exceptúan algunos casos (Kansas, Louisiana), no se exige en los correspondientes exámenes, que se acrediten por los candidatos, conocimientos de Derecho romano. Para ingresar en una profesión jurídica tiene valor decisivo el aprendizaje que se realiza en el despacho de un abogado, y la formación que se consigue en los cursos que se encomiendan, generalmente en horas nocturnas, a profesionales experimentados y en los cuales se prescinde de la enseñanza romanística. También a partir del segundo cuarto del siglo XIX, las universidades (15) organizan cursos de este mismo carácter y en las más importantes de ellas, se dan conferencias sobre Derecho romano con finalidad principalmente práctica (16). Pero a pesar de lo dicho, resulta difícil compartir el optimismo de Sherman cuando éste habla de un "revival of roman law studies" del que espera este autor, un beneficioso influjo en la legislación de los distintos Estados particulares, que acabe con la dispersión de su Derecho privado y prepare el terreno para una codificación general. No me es posible predecir si los Estados de la Unión llegaran a conseguir una codificación de su Derecho -

privado y menos todavía, determinar cuándo la llevaran a cabo, pero en todo caso, cabe pronosticar con bastante probabilidad de acierto, que el fundamento sobre el que habría de construirse este Derecho privado unitario será, seguramente, no el Derecho romano, sino el common law. En este sentido no es posible silenciar los in tantos hechos hasta la fecha para conseguir la aludida unificación y que son de — una parte, los proyectos de leyes particulares de Derecho privado, elaborados por la "National conference of commissioners on uniform state laws" que habrán de ser aceptados por la legislación de los Estados particulares (17), y que pueden compararse con el "Derecho general" (ley cambiaria, código de comercio) de la época de la confederación alemana; de otra, los restatements del common law, debidos al — American law Institute de Washington, esto es, la fijación del common law, mediante la jurisprudencia de los Tribunales y la formulación de reglas, y que aún careciendo como carecen de fuerza obligatoria, por el cuidado con que han sido elaboradas, poseen para los jueces una autoridad muy semejante a la de las leyes — (18).

No puede estimarse de modo distinto el hecho de que a partir del siglo XIX, — el Derecho romano figure como objeto de estudio en los planes de las enseñanzas — jurídicas de las universidades balcánicas, así como que en Ankara, Constantinopla, El Cairo y aún en las mismas universidades japonesas, se profese actualmente esta disciplina (19). En los países balcánicos se produjo este fenómeno, cuando — libres éstos del yugo turco, se aprestaron durante el siglo XIX a entrar en el — círculo de la cultura europea. No podemos descender ahora al examen de la difícil cuestión de si en estos Estados se conservó el Derecho romano a pesar de la inmisericordia eslava y de la hegemonía turca, de si Grecia acertó a mantener el antiguo Derecho griego, o de si tales elementos jurídicos fueron sofocados por las influencias eslava y turca. Una cosa es, sin embargo, segura, a saber, que la intro



ducción de los estudios romanísticos en las universidades creadas en los Estados balcánicos cuando éstos inician su europeización, no significa en modo alguno — una recepción del Derecho romano; tanto menos cuanto que la mayoría de estos países, a fines del siglo XVIII, contaban ya con códigos inspirados en el Derecho bizantino (20) y durante los siglos XIX y XX llegaron a la codificación de su Derecho privado inspirándose en el modelo de los más modernos códigos europeos (21). La romanística fué introducida en estos países como mero exponente de la cultura europea aunque su influjo fuera mucho más profundo que el que tuvo en los Estados Unidos, los cuales, con el importado common law, tuvieron un sistema jurídico sentido como Derecho nacional por la mayoría de la población, el cual, como en la metrópoli, contribuyó eficazmente a impedir la penetración del Derecho romano.

Lo mismo puede decirse del Japón (22). La aceptación del Derecho romano en los planes de estudios de las universidades japonesas, es un fenómeno que se produce con la europeización del Japón, iniciada en 1668 con el emperador Meijdschi y que nada tiene que ver con la recepción del Derecho romano. En lo que se refiere al Derecho privado vigente en el Japón, por virtud del llamado code Boissonade, este país figura más bien incluido en la esfera de influencia jurídica francesa. Este proyecto fué redactado por el profesor de París Boissonade, nombrado en 1873 instructor del Ministerio de justicia japonés, y se inspira ampliamente en el code civil. Publicado en 1890, tropezó este proyecto con la decidida oposición del Parlamento, lo que impidió que fuera declarado ley vigente, si bien resultara imposible evitar que en la práctica recibiera aplicación como si lo fuera en realidad. En 1898 comenzó a regir el todavía hoy vigente Código civil japonés, inspirado en el code Boissonade y en los proyectos del Código civil alemán, aunque manteniéndose en todo lo concerniente a la familia y al Derecho sucesorio el Derecho patrio. A consecuencia de estos hechos que acabamos de reseñar, desde

1902, en Tokio y en otras universidades japonesas fueron creadas cátedras de Derecho romano ((23). De la misma manera debe estimarse la evolución de estos estudios en Turquía y en Egipto. Turquía, en 1926, recibió el Código civil suizo --- (24) y Egipto cuenta desde 1875 con un Código propio cuyo modelo es el code civil (25).

En lo que respecta a Rusia solo hemos podido disponer del breve informe de Gsovski, Roman private law in America, en el Bulletino dell'Instituto di diritto romano 46 (1939) 363 y sig., y de una obra anónima publicada por Leonhard en --- Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft, en la sección titulada "Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts", XVII (1906), 72 y siguientes.

Posición especial ocupan las provincias bálticas y Polonia. En lo que atañe a Polonia faltan datos. En Polonia, tal como queda estructurada esta nación, después de la primera guerra europea, los estudios de Derecho romano alcanzaron mayor intensidad que la que consiguieron en la Alemania de esta época. En las provincias bálticas la obra del profesor de Dorpat, v. Bunge (1802 - 1897), "Baltische Privatrecht" (1865), significa una recepción, no del Derecho romano, sino de la doctrina pandectística alemana del siglo XIX. Vid. Blaese, Bedeutung und Geltung des römischen Privatrechts in den baltischen Gebieten (Leipziger rechtswissenschaftl. Studien, 99, 1936), página 70 y sig.; Stintzing-Landsberg, III, 559 y sig. En lo concerniente a la Rusia central (Rusia Blanca y Ucrania) es todavía cuestión no resuelta, la de determinar la medida en que el Derecho romano penetró bajo forma bizantina. En cuanto al Derecho matrimonial, con la cristianización del país, rigió el Derecho eclesiástico bizantino. Cualquiera que sea la opinión que se sustente, es indudable que en Rusia no hubo recepción. El Código del imperio ruso publicado en 1832 y elaborado por el conde Speransky, no es,-

a pesar de las innegables simpatías que su autor sintió por el Derecho romano, un Código inspirado en este Derecho, ni en general, acusa este Código influjos occidentales, sino que es más bien Código de carácter exclusivamente nacional.

En el siglo XIX la escuela histórica alemana ejerce en Rusia indudable ascendiente. Bajo el reinado de Alejandro I, empeñado este monarca en conseguir una me jor formación de sus funcionarios y en organizar las escuelas superiores según el modelo europeo, buen número de rusos se trasladan a Berlín para seguir allí la di rección de Savigny. Más tarde, también Ihering gozó de gran autoridad entre los ru sos. En la época de Alejandro III, por iniciativa del Gobierno ruso y con la cola boración del Ministerio prusiano de cultos y la Facultad de Derecho de Berlín, -- fué creado en esta ciudad un Instituto para la formación de los juristas rusos, -- en el cual profesaron los más destacados romanistas berlineses. De este Instituto salieron algunos romanistas rusos, los cuales, por haber redactado sus trabajos -- en alemán, contribuyeron con ello a crearse un nombre en la bibliografía romanis tica alemana. Merced a ellos, la enseñanza del Derecho romano, según el modelo -- alemán, penetró en las universidades rusas, y muchas obras de la pandectística -- alemana, fueron traducidas al ruso. Sobre la cuestión de si el Derecho ruso recibió efectivo influjo del romano a través de la pandectística alemana, hemos de de cir que, parece poco probable, habida cuenta de las corrientes de hostilidad que -- por motivos nacionales y políticos se inician en los comienzos del siglo XX.

Estas consideraciones nos permiten conseguir un punto de vista de amplio al- cance. El Derecho romano, una vez introducido por los glosadores en los círculos doctos de Europa, por las intrínsecas dificultades que ofrecía y, singularmente, -- por la que entrañaba el lenguaje de sus fuentes, cultivado a la sazón solamente -- por las personas cultas, fué un objeto de estudio, reservado a las gentes dotadas de una superior formación. Por esta causa el Derecho romano comienza siendo estu-

diado en las universidades. A partir del siglo XIII, la fundación de una Universi-  
dad representa una piedra miliar en el proceso de difusión de los estudios roma--  
nísticos. Sin Derecho romano y sin Derecho canónico, no tendríamos hoy Facultades  
de Derecho. Lo prueba, el ejemplo de Inglaterra. Los juristas medievales conside--  
raron el Derecho romano como un Derecho vigente y válido para el imperium romanum  
medieval, pero no pesó menos en ellos la orientación cultural de aquella época,--  
cuyo norte es Roma, y lo que hemos llamado valor cultural de la "romanidad"; por--  
eso estudiaron el Derecho romano considerando su intrínseca importancia, fijando--  
su contenido, sirviéndose de la escolástica como auxiliar para, de este modo, uti--  
lizando también el Derecho patrio, crear una ciencia del Derecho, la cual, por --  
estar fundada en el Derecho romano, tenía que ser esencialmente europea. Tal es --  
la aportación espiritual de la Edad Media, de la que aún hoy nos nutrimos. Esta --  
realización entraña un innegable progreso. Esta ciencia del Derecho basada en el--  
Derecho romano, no tiene relación alguna con la recepción, pues es evidente que --  
aquella hubiera podido cumplir su misión beneficiando exclusivamente al cultivo --  
y estudio del Derecho patrio. Y esto es lo que ocurrió, en Francia, Alemania y --  
también, aunque en menor medida, en la misma Inglaterra. No la recepción, sino la  
propagación de la ciencia romanística del Derecho en toda Europa durante los si--  
glos XII al XIV, ciencia que fué creada en Italia como exponente de la cultura eu--  
ropea, ha sido la causa de que actualmente los estudios jurídicos se basen en esa  
creación italiana. Con lo dicho, hemos ganado un punto de vista desde el cual nos  
es doble explicar muchos fenómenos y que nos autoriza a estimar la recepción como  
un problema de orden secundario.

Ahora bien, la recepción del Derecho romano no constituye caso único de recep--  
ción. En el siglo XIX se produce no ya en Europa solamente, sino en todo el plane--  
ta, una segunda recepción que ha merecido, en verdad, atención muy escasa. Me re--  
fiero a la recepción del code civil. Este no fué recibido in complexu, sino que --  
inspiró de modo decisivo la codificación del Derecho privado de un gran número de

países. Prescindo ahora del hecho de la introducción del code civil en territorios alemanes que estaban a la sazón sometidos a la soberanía francesa, en una parte -- de los cuales conservó aquél su vigencia hasta la implantación del Código civil -- alemán. Prescindo igualmente de la consideración de que en Bélgica, Holanda, --- Luxemburgo y Mónaco, estuvo también vigente el code civil porque al implantarse -- éste, tales países pertenecían a Francia (26). Es importante consignar que el Código civil español de 1889 se inspira en el code civil, y lo mismo podría decirse de los Códigos de Derecho privado de los países balcánicos y de Egipto. En la misma Italia, el país clásico del Derecho romano, el codice civile de 1865, está --- fuertemente orientado también hacia el code civil (27), y en América del Norte -- (Lousiana, Quebec), en la América central y en Iberoamérica, los Estados que codificaron su Derecho privado se inspiraron también en el modelo del code civil --- (28). En el Japón, el Código civil vigente en 1898, pese al indudable influjo que en el mismo tuvieron los proyectos del Código civil alemán, acusa igualmente íntima conexión con el code civil.

No resulta, por tanto, exagerado situar a Napoleón entre los legisladores -- del mundo, al lado del mismo emperador Justiniano. El imperio jurídico creado por Napoleón, tanto en lo que se refiera a la población que abarca, como en lo que -- respecta a su extensión territorial, supera en mucho al creado por Justiniano. El tiempo dirá si aquel imperio jurídico logra mayor pervivencia histórica que el de este último emperador".

Tres esas frases discutibles y un tanto efectistas, en su incertidumbre final deja Koschaker traslucir --acaso, "malgré lui"-- la capacidad de pervivencia histórica del Derecho romano.

N o t a s

- (1) Esta es también la opinión de Mommsen, Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft, Ges. Schriften, III, 597.
- (2) No se puede negar a Græus Flavius (H. Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906) la completa adhesión, cuando afirma, 31, que nadie ha podido probar hasta ahora, que un error dogmático importante descansa en un conocimiento histórico deficiente y que sea ocioso estudiar históricamente el Derecho vivo. La formulación es en verdad sutil en demasía.
- (3) No Escocia. Este país consiguió el Derecho romano en el siglo XVI.
- (4) Vid. Koschaker, 61, nota 4 y la literatura que allí se cita.
- (5) Vid. P. B. Mignault, Les rapports entre les lois civiles et la common law au Canada, spécialement dans la province de Quebec en "Introduction a l'étude du droit comparé. Le code civil au Canada, en Livre du centenaire du code civil, II, 725 ss.
- (6) Colvin, 133 ss.; Radin, 346 ss.
- (7) A ciertos restos del roman dutch law de tiempos de la colonización holandesa que luego pasan bajo los ingleses a la colonia de New York, — alude Colvin, 119 ss.
- (8) Vid. Ireland, la Lousiane, vue nouvelle de son systeme de droit, en - Recueil Lambert, II, 94 ss.
- (9) Ob. cit., I, 250 ss.
- (10) Colvin, 129; Radin, 385.
- (11) Sherman, I, 407, ss.; Atti congresso Bologna, II, 327 ss.
- (12) Sherman, I, 321.
- (13) Este hecho ha influido sin duda en el favorable juicio de Wenger sobre la situación del Derecho romano en Estados Unidos.

- (14) Más detalles en Koschaker, 61 nota, 4 al final y en la literatura que allí se cita.
- (15) Vid. Llewellyn, Über den Rechtsunterricht in den Vereinigten Staaten, Jherings Jahrbücher, 79, 241 ss.
- (16) Vid. también Wenger, 160 ss.
- (17) Estas leyes contienen una cláusula que obliga a los Tribunales de los Estados particulares a una interpretación unitaria.
- (18) Vid. Kessler, Zeitschr. f. ausländ. u. international Privatrecht, I (1927), 185 ss.
- (19) Vid. Koschaker, 53.
- (20) Bizantino es el Código moldavico del principe Skarlatos Kallimachis de 1817.
- (21) Así Rumanía en 1864, según el Código civil.
- (22) Vid. Sherman, Roman law in the modern world, I, 297 ss.
- (23) Desde final del siglo XIX la influencia en el Japón de la ciencia alemana del Derecho aumenta en relación con la que allí ejerce la ciencia jurídica francesa.
- (24) Koschaker, 35. Hoy se explica Derecho romano en Ankara y en Estambul.
- (25) Arminjon, le code civil et l'Egypte, en Livre du Centenaire, II, 375 ss.
- (26) Vid. los artículos de Hanssen, Asser, Ruppert en Livre du Centenaire, II 681 ss., 817 ss., 793 ss., 807. En estos territorios se llegó a - una nueva redacción del code civil (en Bélgica en 1831 y en Holanda en 1838) muy fiel al modelo.
- (27) Chironi, Livre du Centenaire, II, 763 ss.
- (28) Sherman, I, 290, ss., 293.

## CAPITULO XV

### LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

La recepción del Derecho romano, impacta el mosaico del Derecho europeo, en distintas épocas y con intensidad diferente (1); sigamos, pues, los pasos al autor de "Europa y el Derecho romano".

"Sobre la recepción se ha escrito mucho durante todo el siglo XIX (2) y a pesar de la abundante literatura existente sobre tal cuestión, puede afirmarse que la solución de este problema se halla todavía lejana. Se ha dicho muy justamente (3), que por ser Alemania un país de acentuado particularismo político y jurídico, el fenómeno de la recepción se descompone en él, en numerosos fenómenos particulares, los cuales no pueden ser apreciados de modo uniforme, ya que la resistencia ofrecida por el Derecho alemán no fué la misma en todas las zonas del país. Es necesario, pues, estudiar el hecho de la recepción incluso en los territorios más pequeños (4). Sólo mediante la reunión de estas piezas del mosaico podrá conseguirse un estudio de conjunto veraz y fidedigno. Ahora bien, el esfuerzo que se requiere para realizar este estudio minucioso y pormenorizado, rebasa las posibilidades meramente individuales y exige un trabajo científico organizado, que en los momentos actuales es prácticamente imposible en Alemania.

Hay que tener en cuenta, además, otra consideración. La recepción no es un don que Dios ha hecho a los alemanes. El substrato de la recepción es el Derecho romano, y este substrato es lo que da al fenómeno una magnitud verdaderamente europea. En todo los países europeos ha tenido el Derecho romano un desarrollo —



más o menos intenso, y en la misma Inglaterra, nación que consiguió oponerse con éxito a su penetración, lo tuvo también. Si seguimos el camino de la recepción del Derecho romano, podemos considerar ésta como un último resplandor de la idea del imperium mediterráneo, que se produce no sólo en Italia, si que también en los territorios bañados por el Mediterráneo occidental, esto es, en España y en el Sur de Francia. En lo que respecta a España (5), sabemos que en los reinos cristianos del siglo XIII, juristas formados en Bolonia, despliegan una actividad práctica, que se fundan universidades, las cuales son poderosos puntos de apoyo en el estudio del Derecho romano y que en 1265, por mandato del rey Alfonso X de Castilla, se redactan Las siete partidas, que constituyen una recopilación del Derecho castellano, sobre la base del Derecho de Roma. Francia se divide, como es también sabido, en pays du droit écrit y de droit coutumier, esto es, de Derecho romano y de Derecho consuetudinario propio; el primero abarca los territorios situado en la parte sur del Garona (6). Esta terminología usada ya en el siglo XIII, no tiene un alcance recíprocamente excluyente, en el sentido de que en los territorios de Derecho escrito, rigiera solamente el Derecho romano y, en modo alguno, el Derecho consuetudinario. En estos territorios la difusión alcanzada por el Breviarium Alaricianum, preparó el terreno para la recepción (7). Ya en el siglo XII comienza a sentirse el influjo de los glosadores (8), se inicia en las universidades el estudio del Derecho romano (Montpellier, Toulouse) y en Orleans florecen en el siglo XIII, una importante escuela (9). Constituye una prueba de la validez práctica del Derecho romano (10), la creación por Felipe el Atrevido (1278) de un auditoire du droit écrit, en París, para entender de las apelaciones entabladas por los países de Derecho escrito, que tuvo más tarde su sede en Toulouse, llegando en 1291 a constituir una cámara del Parlamento de París que subsiste hasta el siglo XIV (11). Poco a poco va extendiéndose el conocimiento del Derecho romano hacia el norte, en los países del

droit coutumier (12). El livre de justice et de pieté, que aparece en Orleans alrededor del año 1260, acusa el influjo de la escuela de Derecho radicada en esta ciudad (13), y el propio Beaumanoir (14), a pesar de que no cita jamás el corpus iuris, posee no escasos conocimientos de Derecho romano y cuenta éste entre las fuentes del Derecho común de Francia (15). En el siglo XIV prosigue el avance — del Derecho romano. Surge entonces la teoría del "droit haineux, odieux", denominación que se aplica al Derecho consuetudinario francés, y de la que se desprende que con respecto a este Derecho sólo la interpretación estricta era posible — excluyéndose en cambio la analógica. El Derecho romano se aplica a distintas materias propias del Derecho privado, cuya regulación consuetudinaria había de resultar forzosamente deficiente e incompleta; tales son el Derecho de obligaciones, testamentario, y de tutela. (16)

Estas observaciones, y otras que pudieran hacerse, demuestran claramente que la recepción no es un fenómeno circunscrito a Alemania ni a Europa central. Mucho antes se produjo ya en los países occidentales de Europa, y en los siglos — XIII y XIV está ya en su apogeo. En esta época, los emperadores alemanes operan ocasionalmente con la idea de que el Derecho romano es un Derecho imperial, si — bien en Alemania apenas se tiene conocimiento del Derecho romano. Los rastros de este conocimiento, que hallamos en el Schwabenspiegel y en los estudios sobre el Sachsenspiegel, son insuficiente (17) y no se pueden comparar en modo alguno con el influjo que el Derecho romano, conocido por los juristas ingleses a través de Vacarius (18), ejerció en la obra de Bracton titulada De legibus et consuetudinibus Angliae (19). Las universidades alemanas comienzan a ser centros de estudio — y cultivo del Derecho romano sólo desde mediados del siglo XIV y aún en esta época tiene tal Derecho una importancia subordinada al Derecho canónico, porque — sólo el Derecho eclesiástico resultaba necesario en la práctica. No se puede demostrar que con anterioridad al siglo XV se enseñara de modo permanente Derecho—

romano en alguna universidad alemana. Sólo más tarde se inicia la corriente de alemanes que van a estudiar a universidades italianas, singularmente a la de Bolonia (20); los profesores que en Alemania reciben encargo de profesar Derecho romano, proceden durante largo tiempo de Italia o de Francia, y el título de profesor alemán sólo es estimado cuando quien lo ostenta ha conseguido, por lo menos, el grado de doctor en las universidades de los citados países. Al final del siglo XIV encontramos en las ciudades alemanas sindicos que son muy doctos juristas, y todavía ha de transcurrir más tiempo para que se permita a los doctores-juristas penetrar en los Tribunales (21).

La recepción del Derecho romano en Alemania es considerablemente posterior a la de los demás países occidentales de Europa. Ninguna otra nación europea ha dispuesto de tanto tiempo para armarse y prevenirse contra el ataque del Derecho romano, como Alemania, y sin embargo, la resistencia opuesta por este país fué más débil que la de cualquier otro. Sobre las causas de este fenómeno tendremos ocasión de hablar. De momento insistimos en la conveniencia de no estudiar aisladamente el fenómeno de la recepción del Derecho romano en Alemania. Con la recepción de este Derecho, no ocurrió como con las modernas recepciones, no sucedió que un legislador ordenase: en lo sucesivo solamente regirá el Derecho romano y el Derecho anterior queda abolido. Por el contrario, la penetración del Derecho romano se fué produciendo a través de una lucha secular y tenaz con el Derecho patrio (22). Ahora bien, la esencia de este Derecho patrio es germánica en casi toda Europa; ello es la consecuencia de la ocupación de la Europa central por las estirpes germánicas así como de las migraciones de pueblos. En la misma Italia, a través de los longobardos advertimos la presencia de este elemento germánico. En cuanto a los elementos jurídicos no germánicos, no nos es posible precisarlos por sus fuentes, o sólo muy deficientemente nos es dable señalarlos y únicamente en lo que afecta al Derecho celta, resulta relativamente fácil la -

tarea, mediante la utilización de las fuentes irlandesas (23). En lo que se refiere a Sicilia y a todo el sur de Italia, es innegable la presencia de ingredientes árabes y bizantinos, de carácter complejo. Con relación al Derecho eslavico es sabido que rige en la periferia de Europa o fuera de este continente (24). La recepción viene a ser, pues, como una lucha encarnizada entre romanismo y germanismo en el campo del Derecho, y siendo como es el germanismo un elemento no menos europeo que pueda serlo el romanismo, la mezcla y la lucha entre ellos, es la misma Europa. De lo dicho se desprende que en orden a toda una serie de problemas histórico-jurídicos, no basta con estudiar éstos, sobre una amplia base y en su común fundamento germánico cuando éste es todavía perceptible, para luego, cuando se desarrollan las nacionalidades, hacerles objeto de estudio, desde el punto de vista de la historia del Derecho nacional respectivo. Se impone, antes bien, el estudio comparativo de estos problemas, entre los cuales, por su carácter europeo, figura de modo insoslayable la recepción. Desgraciadamente la germanística alemana, llamada con innegable preferencia a resolver estas cuestiones, no manifiesta inclinación alguna hacia ellas (25). Por lo demás, peccatur intra muros et extra. H. Mitteis reprocha esta misma actitud a los historiadores franceses del Derecho (26).

El estudio del problema de la recepción ofrece dificultades para los germanistas y romanistas alemanes, las cuales son debidas también a otras causas. — Aproximadamente desde mediados del siglo XIX, constituye un dogma para la germanística alemana, el considerar la recepción del Derecho romano en Alemania como una calamidad nacional, como una violación perpetrada por los romanos en la infeliz Germania que causó la muerte del Derecho propio de este país; como una especie de quiste extraño y maligno aparecido en el cuerpo del Derecho germano. Fué para los que así piensan, el Derecho romano, un veneno solapado que inficionó y-

contaminó el robusto organismo del Derecho alemán (27). Estas afirmaciones extremas no se hallan, desde luego, en todos los autores. Pero raro será el libro - de un moderno germanista alemán, que al enjuiciar el fenómeno de la recepción, - no coincida en lo esencial con estas aseveraciones. Ciertamente que no faltan opiniones más templadas y que hay germanistas de nota, que mantienen frente al Derecho romano, una actitud más bien conciliadora. Diganlo si no, Hausler (28), Gerber, Stobbe. Por otra parte no deja de tener cierto sabor irónico la circunstancia de que un tratado de Derecho romano cuidadosamente elaborado, y preferido de los - estudiantes sea el de Rudolf Smol, autor de relevantes condiciones pedagógicas, - si bien como jurista, figure entre los más destacados germanistas alemanes.

Este juicio sobre la recepción es un reflejo parcial de la enconada oposición entre romanistas y germanistas, la cual constituye una verdadera peculiaridad alemana no digna, en verdad, de imitación, y que no se da en los demás países".

Para ampliar la recepción del Derecho romano en Inglaterra, Francia y Alemania remitimos a la nota conjunta: (29).

N o t a s

- (1) P. Koschaker, obra cit. 217 ss.
- (2) Una ojeada de conjunto y certera crítica sobre las teorías aparecidas durante el siglo XIX en Alemania para explicar este fenómeno, puede verse en Below, obra, cit., 3 ss., 52 ss.
- (3) Kunkel, *Altere Stadtrechtsreformationen*, XI.
- (4) Una importante aportación dentro de esta tendencia hace Coing, Die Rezeption d. röm. Rechts in Frankfurt a. M. (1939).
- (5) Vid. además de la literatura citada en 123-124. Larraona Tabera, El Derecho justiniano en España, Atti Congresso Bologna, II, 83 ss.
- (6) Declareuil, Hist. gen. du droit français, 830 ss.
- (7) Vid. supra, 102 y nota 2.
- (8) Chenon, Hist. gen. du droit français, I, 506.
- (9) Vid. supra, 123 y nota 66.
- (10) Una teoría ideada por los legistas que pretendían apoyar la independencia del rey francés frente al emperador, afirmaba que la vigencia del Derecho romano se debía a la costumbre, aprobada por el rey (vid. H. Mitteis, 155 ss.).
- (11) Chenon, *Melanges Fitting*, I, 203 ss.
- (12) H. Mitteis, *Ztschr. der Savigny Stiftung*, germ. Abt., 63, 159, 162 ss.
- (13) Chenon Hist. gen. du droit français, I, 554 ss.
- (14) Trátase de una exposición de la coutume de Beauvaisis por Felipe, señor de Beaumanoir y bayle del conde de Clermont.
- (15) Vid. van Wetter, *Melanges Fitting*, II 536 ss., 546 ss.
- (16) Declareuil 835.

- (17) Vid. Stintzing, *Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft*, I, 8 ss.
- (18) Vid. *supra*, 123-24.
- (19) Relativamente a Bracton (muerto en 1268). Vid. *infra*, 308.
- (20) Comienza a fines del siglo XIII y todavía en esta época hay un fuerte interés por el Derecho canónico; se mantiene largo tiempo contenida - en límites modestos, aumenta en el siglo XV y llega a su mayor auge - en la segunda mitad del siglo XVI.
- (21) Vid. sobre lo dicho en el texto Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, I, 643 ss., 653 ss.
- (22) En un cierto grado ocurre esto también con las modernas recepciones. Así, en 1864, se puede publicar como ley una traducción rumana con ligeras modificaciones, del code civil (Dissescu, Livre du centenaire, II, 855).
- (23) De la nueva literatura véase D'Arbois de Jubainville, La famille celtique.
- (24) El conocedor de la historia del Derecho no debe esperar grandes sorpresas de la investigación sobre los componentes no germánicos de Europa. Trátase de dos grupos jurídicos, que en relación con el Derecho romano recibido, pertenecen a un grado de desenvolvimiento más primitivo.
- (25) La indiferencia por el estudio comparativo de los problemas jurídicos debe imputarse a la escuela histórica alemana.
- (26) Los trabajos de H. Mitteis muestran la fertilidad del estudio de determinadas instituciones, no solo en la evolución nacional de estas, sino desde el punto de vista europeo, y teniendo en cuenta su desenvolvimiento en - otras zonas culturales de la misma Europa.
- (27) Vid. suplemento, 503.
- (28) Heusler fue discípulo de los romanistas de Zürich y Keller, que como discípulo de Savigny, introdujo en Suiza las teorías de la escuela histórica alemana, acertó como auténtico suizo a liberar estas de sus características exageraciones, consiguiendo una conexión orgánica entre el Derecho alemán y el romano.
- (29) P. Koschaker, obra, cit. A) Inglaterra, 207 ss., B) Francia, 318 ss., C) Alemania, 320, ss.

## CAPITULO XVI

## EL DERECHO NATURAL

Antes de entrar en el proceso del iusnaturalismo racionalista seguido por — Koschaker, exponamos unos puntos de vista del penetrante jurista alemán Goldschmidt (1) que esclarecen las dos vías del moderno iusnaturalismo: la católica y — la racionalista o "protestante".

La doctrina dominante —dice Werner Goldschmidt— desprende las reglas del — Derecho Natural de la naturaleza ideal de la sociedad humana nacional o internacional. A fin de hallarla, no basta la observación. Há que usar perfectamente — la razón. Por este motivo se explica que algunos autores no distinguen claramente entre el terreno donde encuadra la ley natural —la sociedad humana ideal— y el medio cognitivo de descubrirla —la razón— y que declaran que la razón es la ley natural misma. Estos autores dan a la razón el sentido de "lo razonable". En esta línea se expresa ya el primer artículo del proyecto del libro preliminar — del Código Civil francés al estatuir: "Existe un derecho universal e inmutable, — fuente de todas las leyes positivas; no es sino la razón natural en tanto que gobierna a todos los hombres". En el mismo sentido de indistinción se expresa Juan Bautista Alberdi (Fragmento preliminar al estudio del Derecho) en el siguiente — pasaje: "Y, en efecto, conocer la ley, dice muy bien la ley, no es solamente conocer sus palabra, sino su espíritu. Pero, ¿cual es el espíritu de todas las leyes escritas de la tierra? La razón, ley de leyes, ley suprema, divina, es traducida por todos los códigos del mundo. Una y eterna, como el sol, es móvil como — él: siempre luminosa a nuestros ojos, pero su luz siempre diversamente colorea—



da. Estos colores diversos, estas fases distintas de una misma antorcha, son las codificaciones de los diferentes pueblos de la tierra: caen los códigos, pasan las leyes, para dar paso a los rayos nuevos de la eterna antorcha." Pero conste, - que la razón no es la ley natural sino el medio para descubrirla.

¿Qué es lo que ese Derecho Natural nos enseña? Algunos creen que nos da reglas de determinado contenido, otros opinan que no nos entrega sino criterios — formales para valorar reglas por nosotros fabricadas.

En el primer sentido se expresa la doctrina clásica del Derecho Natural. Escuchemos a uno de sus primeros defensores cristianos, a San Juan Crisostomo, Patriarca de Constantinopla, que trata de nuestro problema en sus homilias XII y XIII, dadas en Antioquia en 387 d. J.C. La ley natural es innata, y nos enseña - lo bueno y lo malo. Por ello el legislador, al mandarnos (Ex. - Moises II, cap.- 20, vers. 13): "No matarás", no explica este mandamiento, porque lo conocemos a través de la ley natural. Al contrario, al ordenarnos que no trabajemos al séptimo día (Ibidem, vers. 10, II), si que se ve obligado a darnos una justificación. Con el carácter innato de la ley natural se ilumina también la aparente paradoja de las conocidas palabras de San Pablo (Epist. a los Romanos II, 12): "Porque — cuantos pecaron sin ley, sin ley perecerán, y cuantos pecaron con la ley, por medio de la ley serán juzgados", puesto que "sin ley" quiere decir "sin ley escrita", más conscientes de la ley natural. Algunos paganos no quieren admitir la patencia de la ley natural. Pero entonces resultan incapaces de explicar en qué se basaban sus primeros legisladores cuando daban las primeras leyes. ¿Cómo sabemos lo que es bueno y lo que es malo? Ello es muy sencillo tanto en sentido negativo como positivo. "Lo que tu aborreces, no se lo hagas a otro" (Tob., IV, 16). "Lo que quereis que os hagan los hombres, hacerselo vosotros a ellos" (S. Mat. VII, - 12). Ni que decir tiene que no basta con conocer la ley natural: es preciso cumplirla. Lo primero no nos cuesta trabajo. Empero lo segundo si que es difícil. -

"No podemos guardarla si no trabajamos, y refrenamos el apetito y sufrimos mucha fatiga" (San Juan Crisóstomo).

La concepción de un Derecho Natural de determinado contenido dió lugar a graves dificultades. O sus reglas eran tan abstractas que se prestaban a las más variadas aplicaciones, no resolviendo ninguna de las controversias planteadas o — sus reglas eran concretas, en cuyo caso eran tan perecederas como todo lo concreto. Una regla como "dar a cada uno lo suyo" (suum cuique tribuere) es impecable; pero omite lo que precisamente en cada controversia nos interesa saber: ¿qué es lo suyo? Por el otro lado, una norma relativamente concreta como: "No matarás" — habré de detallar sus limitaciones a fin de resultar exacta, y estas limitaciones son, en cada Derecho fabricado, contingentes. Piénsese por ejemplo, en la pena capital que existe en unos países y no existe en otros; en el requisito de la proporcionalidad de la legítima defensa que algunos derechos reclaman y otros — descartan; o en las doctrinas de la guerra justa o legal. Por esta razón surgió una tésis que proclama un Derecho Natural formal. Procede de Kant que siempre — identifica lo universal y lo formal, y halla una elaboración concienzuda en — Stammler. Este autor distingue entre el concepto del Derecho, divorciado por completo de su justicia; la justicia como noción formal de la comunidad pura; y un — Derecho concreto que puede o no inspirarse en esta noción, recibiendo en caso — afirmativo la calificación de Derecho justo. Derecho justo no es, pues, lo mismo que ideal social. Aquél es un Derecho históricamente dado en el que concurre, — además de la característica conceptual de su voluntad jurídica, el carácter formal de hallarse orientado en el sentido de la suprema noción ideal de todo Derecho. El ideal social encierra precisamente esta noción central absoluta por la — que se debe orientar todo Derecho. El ideal social encierra precisamente esta noción central absoluta por la que se debe orientar todo Derecho concreto para ser justo. Así se ha afirmado que Stammler predica un "Derecho Natural de contenido-variable".

¿Cuales son los caminos del conocimiento que nos conducen al Derecho Natural?

Esta pregunta requiere una contestación diversa según la toma de posición que hayamos realizado en cuanto a la localización del Derecho Natural:

a) Experiencia.- Para los partidarios de las concepciones concretas y genéricas, el camino que conduce al Derecho Natural es la experiencia. Mediante percepciones sensoriales, su configuración categorial y su coordinación racional, penetramos en la naturaleza fisiológica, síquica y social de los seres animados, de los individuos humanos y de las sociedades respectivamente.

b) Razón y revelación.- El problema ofrece un aspecto diferente, si buscamos el Derecho Natural en la naturaleza ideal del individuo o de la sociedad. En este supuesto para poco nos sirve la observación. En cambio, si cobran primerísima importancia la revelación y la razón. La cuestión consiste en saber si la revelación es imprescindible a fin de conocer el Derecho Natural o si a este efecto es suficiente la razón. Se ve con facilidad que esta última alternativa es la correcta, puesto que, en caso contrario, los hombres antes de la revelación hubieran carecido de ley natural. Conviene traer a capítulo las hermosas palabras que Cicerón (República, III, 17) dedica a este tema: "La recta razón - conforme a la naturaleza, grabada en todos los corazones, inmutable, eterna, cuya voz enseña, prescribe el bien, aparta del mal que prohíbe y, ora con sus mandatos ora con sus prohibiciones, jamás se dirige inutilmente a los buenos ni queda impotente ante los malos. Esta ley no puede ser contradicha, ni derogada en parte, ni abrogada; no podemos estar exentos de su cumplimiento por el pueblo ni por el senado; no hay que buscar para ella otro comentador ni intérprete; no es una ley en Roma y otra en Atenas, una antes y otra después, sino una, sempiterna e inmutable entre todas las gentes y en todos los tiempos; uno será siempre su emperador y maestro, que es Dios, su inventor, sancionador y publicador, y el hombre no puede

desconocerla sin renegar de sí mismo, sin despojarse de su carácter humano y sin atraer sobre sí la más cruel expiación, aunque haya logrado evitar todos los — demás suplicios". Llamamos la atención sobre la corrección con la que Cicerón — concibe la razón como mero medio cognitivo del Derecho Natural al decir: vera — lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna. En el mismo orden de ideas nos dice San Pablo (Epist. a los Romanos, II, 14, 15): — "Porque los Gentiles que no tienen ley, haciendo naturalmente lo que es de la ley ellos son la ley para sí mismos. Mostrando la obra de la ley escrita en sus corazones, dando juntamente testimonio sus conciencias, y acusándose y también excusándose sus pensamientos unos con otros".

c) Razón como camino exclusivo.— Habiendo constatado que la razón es suficiente a fin de explorar el Derecho Natural, se comprende que ella es considerada — único camino por los que o ignoran o rechazan toda clase de revelación. No es preciso que se trate de ateos. Tanto Sócrates como Sófocles creen en el origen divino del Derecho Natural. Pero no se atienen a una revelación propiamente dicha. — Los partidarios de la razón como exclusivo medio cognitivo del Derecho Natural pueden ser denominados racionalistas. No obstante, consta que los autores que tradicionalmente suelen ser apellidados defensores de un Derecho Natural racional, — como por ejemplo Hugo Grocio, Burlamaqui, Blackstone, no figurarían en este grupo ya que todos ellos son fervorosos cristianos y creyentes de la revelación. Explicaremos más adelante el motivo por el cual se ha rotulado a estos autores de la — manera indicada. Ahora nos incumbe dejar constancia que dentro del concepto del "Derecho dado" la razón actúa en función cognitiva y no de modo constructivo, — como, verbigracia, opinaría una tesis subjetivista de los valores.

d) La vía doble de la razón y de la revelación.— La doctrina dominante acepta dos caminos de acceso al Derecho Natural, cada uno de por sí suficiente, pero —

prestándose mutuamente valiosos servicios de aclaración: la razón y la revelación. Entre ambos medios cognitivos existe, pues, para usar un término del Derecho de obligaciones: solidaridad.

Llegamos ahora a un punto en que el iusnaturalismo católico se aparta del protestante, en el que, por tanto, se escinde el iusnaturalismo cristiano. Ambas corrientes coinciden en las cuatro siguientes tesis: 1ª) Existe un conjunto de reglas jurídicas eternas, inmutables y universales; 2ª) Ellas han sido creadas por Dios; 3ª) Dios las ha revelado al hombre; 4ª) El hombre puede descubrir las igualmente por medio de la razón. Pero mientras que el iusnaturalismo católico cree en la interpretación auténtica de la Sagrada Escritura por la Iglesia a la que incumbe el oficio de la enseñanza, el protestantismo proclama el libre examen; cada creyente interpreta la Sagrada Escritura según su prudente arbitrio y con arreglo a su ciencia y conciencia. El creyente protestante no se puede apoyar, por tanto, sobre una autoridad que le resuelva caso por caso, sino que ha de acudir de nuevo a su razón personal para que le guíe a interpretar acertadamente la palabra revelada. Vemos, por ende, que la duplicidad de los caminos —razón y revelación— se reduce para el protestante a uno solo: la razón. Así se comprende por qué motivo los protestantes han sido caracterizados como partidarios del Derecho Natural racional. El motivo no ha sido repudio de la revelación sino que, al rechazar la autoridad interpretativa de la Iglesia, no les queda en último término sino un solo camino de conocimiento del Derecho Natural: la razón, sea como detectadora directa de la ley natural o como detectadora indirecta de la misma cuando trata de interpretar rectamente la revelación".

Ya en el umbral del iusnaturalismo racionalista, no tengo más remedio que hacer un alto —fatalmente insuficiente, pues, el tema da pie a la elaboración—

de muchas Tesis doctorales— para referirme a la gran Escolástica, que va de San Alberto Magno y Santo Tomás a la Escuela española de Derecho de Gentes —"pionera" en la formulación del Derecho Internacional moderno— y que supone el índice más alto y luminoso alcanzado por el iusnaturalismo católico.

Para no ser tachado de parcial voy solo a espumar textos de autores extranjeros y procedentes del campo "protestante".

Hinojosa (2) recuerda la confesión del egregio pandectista R. von Ihering: No puedo, en verdad, vindicarme —escribe el jurista protestante— de la nota de ignorancia que aquí resulta contra mí, y que alcanza, en grado incomparablemente mayor, a los filósofos y teólogos protestantes modernos, que no se han cuidado de aprovechar en sus trabajos los grandiosos conceptos de aquél pensador (se refiere a Santo Tomás de Aquino). Discurriendo sobre esto, me pregunto con asombro: ¿Cómo es posible que tales verdades hayan pasado inadvertidas para nuestra ciencia protestante? (subraya Ihering). ¡Cuanto extravíos habría evitado asími—lándoselas! De mí puedo decir que quizá no habría escrito este libro (El fin del Derecho), a saber que las ideas fundamentales sobre que descansa habían sido ya formuladas en los términos más gráficos y con la mayor claridad por aquel genio poderoso".

No es cosa de explayar aquí la doctrina que acredita a la Escuela Española —de los siglos XVI y XVII como creadora del Derecho Internacional, tal y como hoy se entiende. Bastenos saber que esta verdad, mantenida siempre por los internacionalistas españoles y sudamericanos, comenzó a universalizarse a últimos del —siglo pasado gracias a los desinteresados esfuerzos de los italianos Denina y —Alessandro de Giorgi, del inglés Lorimer, del belga Nys y de muchos otros juristas como Barthelemy, Wanderpol, Lange, Le Fur, Kohler, Kaltenbronn y el norteamer-

ricano Brown Scott. Desde entonces la fama de Vitoria, Soto, Covarrubias, Castro, Baltasar de Ayala, Bañez, Medina, Vázquez de Menchaca, Suárez, Molina, Mariana y otros crece rápida y bien afianzada.

Pero veamos en los siguientes párrafos del jurista germano Werner Goldschmidt (3) como el iusnaturalismo racionalista, capitaneado por Grocio, se adornó con -- las plumas del iusnaturalismo católico: "No nos debe extrañar que en este mismo -- siglo, además del Derecho Internacional Público, nazca igualmente la ciencia que -- de él se ocupa. Numerosos autores colaboran en esta empresa. Tampoco nos debe cau -- sar asombro que su inmensa mayoría sean españoles, desempeñando España el papel -- preponderante en el mundo desde enero de 1492 (fecha gloriosa de la reconquista -- de Granada) hasta el 19 de mayo de 1643 (fecha fatídica de la batalla de Rocroy). Descuellan entre ellos los nombres ilustres de Francisco de Vitoria, Soto, Váz -- quez de Menchaca, Baltasar de Ayala y Francisco Suárez. Todos ellos llegan a indi -- vidualizar el Derecho Internacional Público como Derecho entre Estados, diferen -- te si bien dependiente, del Derecho Natural. En este orden de ideas marcan época las "Relaciones sobre los indios y el Derecho de guerra" de Francisco de Vitoria, y ciertas partes del "Tratado de las leyes y de Dios legislador" de Francisco de Suárez (libro segundo, capítulo 17 a 20).

Siendo ello así, ¿cómo se explica que aún amplios círculos de la opinión cien -- tífica celebren la obra de Hugo Grocio: De iure belli ac pacis (1625) como princi -- pio del Derecho Internacional Público? Para enjuiciar este problema de autoría, -- conviene distinguir tres aspectos diferentes: 1º) Los teólogos y juristas españo -- les influenciaron a Grocio, según su propia confesión. 2º) El contenido de las -- doctrinas de Grocio se halla ya, en lo esencial, en los escritos de Vitoria, Suá -- rez y los demás miembros de la Escuela Española de Derecho Internacional. 3º) No -- obstante, pese a la dependencia psicológica de Grocio respecto de aquellos autores

y, habida cuenta de la coincidencia de las enseñanzas del célebre holandés con las de los grandes españoles del siglo XVI, la obra grociana llegó a cumplir una función política inasequible a las obras admirables de los españoles. El mundo medieval formaba una unidad religiosa y política. La unidad religiosa se apoyaba sobre la Iglesia Católica; la unidad política descansaba en el Sacro Imperio Romano. El problema de la Edad Moderna consistía, por tanto, en encontrar una base común a todos los pueblos con independencia de la Iglesia y del Imperio. Ahora se comprende que Grocio, protestante y holandés, encarnaba la situación entrante mientras que el dominico y súbdito del Imperio, Vitoria y el jesuita Suárez — arraigaban existencialmente en la situación que se hallaba en crisis. A esto hay que añadir como segunda causa del encumbramiento de Grocio a costa de los — pensadores españoles, que en los siglos siguientes España decae, mientras que — los países antiespañoles van de triunfo en triunfo. Bien se comprende que el saldo de esta situación no podía ser favorable ni a la justicia ni a los internacionalistas de España.

El resultado al que llegamos consiste, por consiguiente, en que, si bien la oportunidad de crear la ciencia del Derecho Internacional Público favorecía a Hugo Grocio, la auténtica primacía corresponde a la Escuela Española desde Vitoria a Suárez. El mundo que escribió (e hizo) la historia de los últimos tres siglos, no quiso aceptar de manos de España lo que gustosamente recogió de las de Hugo — Grocio, cual niño desconfiado que solo toma regalos de personas amigas, si bien éstas los tuviesen a su vez de desconocidos sospechosos. Cuando Hugo Grocio pu— blica en 1625 su obra sobre la guerra y la paz — año en el que, por lo demás, la independencia de los Países Bajos todavía no ha sido reconocida por España— la historia (la astuta) quería que el holandés protestante desempeñara el papel de testafarro de la ciencia católica de España".



No hace mucho visitaba yo en Delft la tumba suntuosa de Grocio, en cuyos mármoles negros se lee un largo y ampuloso epitafio, digno de la más engolada y barroca epigrafía lusitana. Y muy cerca, en La Haya, el Tribunal Internacional y la famosa Institución de estudios jurídicos aureolan la tumba del jurista holandés. Pensé, con más esperanza que tristeza, que España y América, la gran América, la del Norte y la del Sur, deben una modélica Fundación de estudios jurídicos internacionales a Francisco de Vitoria y a las meritísimas figuras de la Escuela española que tanto hicieron por que prevaleciera la justicia y la solidaridad en esa esfera que ellos estudiaron y definieron con tanto tino: la "Comunidad Internacional".

"En los capítulos anteriores hemos procurado seguir el destino del Derecho romano, la suerte que corrió su estudio, su influencia en la práctica, hasta llegar a los umbrales del siglo XVIII. Su desenvolvimiento se debió en todas partes a la actividad de los juristas romanistas, los cuales en Alemania y en Italia, — por falta de un centro político en donde hubieran podido agruparse, no consiguieron constituir un estamento organizado. Esto no obstante y merced a las ideas políticas y culturales que sirven de substrato al Derecho romano, los mencionados juristas ofrecen una proyección en cierto modo unitaria. En Francia —según Koschaker— los juristas romanistas presentan en su proyección corporativa un carácter más cerrado y compacto, y en Inglaterra, desempeñan un papel muy importante, y reciben con el Doctor's Commons una cierta organización. Lo esencial es destacar que estos juristas eran verdaderos prácticos. Los mismos profesores del Derecho — encargados frecuentemente de actividades prácticas, ejerciendo funciones dictaminadores a través de instituciones, como el veredicto de Facultad o la remisión de actas, tuvieron continuo y estrecho contacto con la realidad. La dirección humanística francesa no produjo cambio alguno a este respecto ya que no pudo eliminar esta actividad pragmática de los profesores y hubo de tenerla en cuenta. Los

juristas a que nos estamos refiriendo se hallaban dominados por el mos italicus creado por los comentaristas italianos. Los prácticos alemanes del siglo XVII - con su usus modernus pandectarum, perseguían los mismos fines y al estudiar las relaciones del Derecho romano con el Derecho patrio, hacían especial hincapié - en este último, lo que constituía una nota característica de su postura. Alemania no es en este respecto un país de avanzada. Entre los diversos países europeos, Alemania es el que más tardíamente se pone en contacto con el Derecho romano. Ocurre esto en una época en que los métodos fundamentales habían sido hallados y desarrollados por italianos y franceses, maestros éstos de los alemanes y profesores en las Universidades alemanas. En tales circunstancias, Alemania, en la época de la recepción podía ofrecer un gran número de profesores de personalidad señera, que alumbrase nuevos caminos a la teoría o a la práctica y cuya dirección tuviese verdadera trascendencia europea (4). Esto mismo puede aplicarse a los prácticos alemanes del siglo XVII, cuya orientación era demasiado particularista para poder lograr abrirse paso en la nación. No hubo en Alemania una escuela de Derecho en qué poder apoyarse los profesores; tampoco existió un centro fuerte judicial a cuya sombra hubiera podido formarse el estamento de juristas del imperio. Téngase en cuenta, además, que en Inglaterra, luego que el common law triunfa definitivamente sobre el Derecho romano, comienza el ocaso de este último; en Francia, en cambio, los juristas trabajan manteniendo contacto con el Derecho de Roma, si bien con la preponderante finalidad de crear sobre la base del Derecho nacional un droit commun français; en Italia, - durante los siglos XVII y XVIII nada especial merece consignarse sobre el cultivo del Derecho romano. Todo ello permite afirmar que en esta época, se produce un verdadero estancamiento del Derecho romano, especialmente en lo que a su enseñanza se refiere. En el siglo XVII resulta muy destacada la labor de la escuela holandesa que contribuye a crear para las colonias el roman dutch law, llega

a influir, por sus estrechas relaciones con Escocia, incluso en la recepción del Derecho romano que tiene lugar en este país y utiliza, en cuanto a los elementos histórico-arqueológicos, la literatura jurídica alemana sobre el particular (5). En lo que se refiere a la práctica del Derecho común de esta época, nos falta — bibliografía. La literatura dogmática, que comienza a animarse a partir de la segunda mitad del siglo XVIII es intrascendente (6). Lo dicho puede aplicarse a — una obra verdaderamente representativa de estos tiempos, la titulada *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* (Comentarios extensos a las Pandectas) de Glück — (7). Esta obra llegó a conquistar fama, cuando personalidades muy relevantes de la escuela histórica, se aplicaron a la tarea de proseguirla.

La ciencia alemana del Derecho experimenta un notable impulso por obra del — Derecho natural y de la escuela histórica del Derecho en el siglo XIX. Con estos apoyos, Alemania conquista una innegable primacía en el estudio del Derecho romano y en la ciencia del Derecho en general y cumple la misión que por su estructura política y espiritual debía realizar en este terreno. La escuela histórica y el Derecho natural eran en realidad posiciones antípodas, pero como verdaderas — antípodas se tocaban con los pies; de este modo se produjo el contacto que como luego veremos, había de generar una fuerte corriente espiritual, que partiendo — del ius naturale actuaría en la pandectística. Constituye la nota común a ambas escuelas el que mediante ellas, el Derecho profesoral es introducido en Alemania. Derecho profesoral implica separación de teoría y práctica, disminución del influjo de aquella en ésta, acción del Derecho profesoral en la legislación mediante incitaciones y estímulos. Contrariamente al Derecho de juristas que aparece de modo concomitante a toda integración política y que tiene carácter político, porque el jurista creador de Derecho se encuentra respaldado por la autoridad que irradia un centro estatal de poder, el Derecho profesoral ofrece un apoliticismo absoluto, en tanto es perfectamente compatible con el resquebrajamien-

to y hasta con la disolución de una comunidad política.

Sobra decir que estas consideraciones no pretenden formular una ley rígida e inflexible, sino describir tan sólo ciertos fenómenos típicos. Italia en tiempo de los comentaristas padecía una gran fragmentación política; el Reich carecía entonces, como en los tiempos de la recepción, de un centro de poder político, de un centro judicial importante en derredor del cual hubiera podido formarse un estamento de juristas. Y, sin embargo, lo que los comentaristas, los juristas del tiempo de la recepción y los profesores de Derecho acertaron a crear, era -- por su estrecho enlace con la práctica, un Derecho de juristas. El Reich, que aceptaba el Derecho romano como un Derecho imperial basado en la idea cultural de Roma, era, sin duda alguna una fuerza, muy distinta de lo que fué en 1648 después de la paz de Westfalia, punto de iniciación de nuestro período. Entonces es cuando comienza la rápida decadencia del poder imperial y se desplaza éste a los territorios; cuando aquel poder viene a ser como un techo que cubre una construcción ruinoso en la cual se ensañan las tempestades de la historia causando tremendos deterioros y grietas en el edificio, sin que ocurra a nadie repararlo. En tales circunstancias era natural que el estudio del Derecho romano y la consideración de éste como Derecho imperial, experimentasen notable merma. Predominaba ahora el particularismo con la estrechez y limitación que le son inherentes y -- que constituyen por otra parte, el terreno mejor y más propicio para el advenimiento del Derecho profesoral en el sentido que atribuimos a esta denominación. Llegó, pues, este Derecho, acompañado del Derecho natural. El profesor alemán -- con su propensión a lo teórico, con su actitud mental un tanto divorciada de la realidad, con su fuerte dosis de doctrinarismo, con todas sus virtudes y todos sus defectos, penetró en las Facultades de Derecho y les dió el carácter y el tono que han conservado hasta nuestros días.

El concepto de Derecho natural tiene su raíz en la filosofía griega. Cicerón lo conoce y los juristas romanos del período clásico —para los cuales tiene mayor importancia el ius gentium basado en la naturalis ratio— le atribuyen escasa importancia. Tal vez por influjo de la Teología, adquiere mayor relieve en el período postclásico, situándose al lado o en lugar del ius gentium (8). La Iglesia católica acepta el concepto de Derecho natural como lo prueba el vigente Código de Derecho canónico de 27 de mayo de 1917. En el pensamiento jurídico europeo, el Derecho natural conquista un puesto preeminente con el famoso De iure belli ac pacis (1625) del holandés Grocio (9). Lo mismo que el Derecho romano, —constituye el Derecho natural, un fenómeno esencialmente europeo. El Derecho natural procede de la filosofía, y en obras de Grocio se advierte un entrelazamiento innegable del mismo con la Teología. Es Puffendorf (1632-1694), quien lo independiza totalmente de esta última (10), por lo que en Alemania, ofrece el Derecho natural notas peculiares. Para Grocio y Puffendorf, el Derecho natural es —la base fundamental del pensamiento jurídico, el asiento sobre que descansa el ordenamiento actual de la vida común y la vida misma moral y cultural del hombre. Por eso el último de los autores citados, intenta ofrecer el Derecho natural como un sistema homogéneo y cerrado de verdades de razón. Del conocimiento —de verdades filosóficas se deriva un sistema de reglas, concernientes también al Derecho privado. La construcción naturalística de este Derecho, constituye una —peculiaridad de la concepción alemana. Puffendorf fué el primer titular de la cátedra de Derecho natural creada en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Heidelberg en 1660 (11). Thomasius (1655-1728) continúa la misma línea doctrinal de Puffendorf en tanto separa el Derecho natural de la filosofía y lo construye como disciplina jurídica (12). En la misma dirección trabaja Christian Wolf —(1679-1754), quizás el más representativo de los profesores alemanes de Derecho natural del siglo XVIII, con su obra en nueve volúmenes titulada Ius naturale —

(1740 - 1749). Se puede afirmar con E. Wolf, que para Grocio, el Derecho natural no era una especie de código que tuviese preceptos o decisiones aplicables a los distintos casos. Chr. Wolf le atribuye, en cambio, este carácter, especialmente en lo que se refiere al Derecho privado. Toma este autor la casuística propia — del Derecho romano, que conoce muy bien y la prefiere al Derecho alemán (13) y a la solución romana, añade la solución basada en el Derecho natural (14). De este modo logró crear un libro que ofrecía innegable utilidad para los prácticos. La solución o decisión iusnaturalista es resultado de una rigurosa deducción lógico — matemática — de aquí mos geometricus — que parte de reglas generales y entraña la aplicación de amplios principios a casos concretos. El discípulo de Wolf, — Nettelbladt (1719-91) incrementó este método (15). De este modo el Derecho natural se instala en el ámbito del Derecho privado como un conjunto de principios — jurídicos que integran una construcción lógica de gran rigor y que, inducidos de principios menos generales, comprensivos de una multitud de casos, vienen a formar como una pirámide cuya cúspide representa los principios y normas de más amplio alcance y generalidad. Es exagerado afirmar con Schönfeld que el Derecho natural trajo la ciencia del Derecho sistemático y una dogmática jurídica. Ya hemos dicho repetidamente que todo Derecho supone una serie de conceptos enlazados entre sí en un cierto orden, esto es, en un sistema. Esta sistemática no es introducida en el Derecho por los juristas. Cuestión distinta es la de determinar, si la sistemática es conocida y construida conscientemente, pues sólo en este caso, se puede hablar con propiedad de una teoría sistemática del Derecho. Rasgos propios de esta teoría aparecen ya en los comentaristas, cuando usan el método — escolástico. Lo que caracteriza al Derecho natural y especialmente al Derecho natural alemán, es una cierta preponderancia de la sistemática, un predominio de la lógica, que influye, como tendremos ocasión de ver, en la pandectística alemana del siglo pasado. De todo ello es responsable el profesor alemán, el cual con

el Derecho natural, consigue una posición preeminente en la ciencia jurídica alemana. Para enseñar Derecho natural no hacen falta experiencia o práctica jurídica. El Derecho natural solo podía ser un Derecho profesoral y en modo alguno un Derecho de juristas, pues implicaba, como ya hemos dicho, una separación tajante de la teoría y de la práctica (16). El modo de actuar el Derecho natural sobre la práctica no era otro que el de influir en la legislación, la cual, por efecto del racionalismo propio de la época y por la fé en su propia omnipotencia y en la del Derecho natural, adquirió en la esfera del Derecho privado una gran importancia y notable perfección técnica. Las codificaciones del siglo XVIII al XIX confirman lo dicho. Quienes profesaban el Derecho natural, comenzaron como Heineccio y Darjes siendo teólogos y filósofos (1714-91) Chr. Wolf fué filósofo y sólo ocasionalmente explicó jurisprudencia. Es significativo que Samuel v. Cocceji iusnaturalista, como su padre Enrique, cuando fué gran Canciller de Federico el Grande, suprimió la remisión de actas a las Universidades prusianas, no solo para elevar así el prestigio de los tribunales, sino para dar al mismo tiempo a los profesores la posibilidad de dedicarse exclusivamente a la ciencia (17).

Como fenómeno europeo, el Derecho natural parece ser el enemigo del Derecho romano. Esto, sin embargo, no es verdad o es verdad sólo en parte muy pequeña. El Derecho natural como Derecho de profesores que era, no podía eliminar el Derecho de juristas, y solo a través de la legislación pudo influir en la práctica. Muchos iusnaturalistas abominan del Derecho romano pero tales abominaciones son más bien expansiones temperamentales de profesores, a las que no debe concederse mucha importancia, y por otra parte, estos desfuegos son casi inocentes, si se les compara con la animosidad y resentimiento que rezuman los escritos de los germanistas del siglo XIX. Los iusnaturalistas, sobre todo las personalidades más destacadas de entre ellos, como Grocio, Puffendorf, Cocceji, padre e hijo, Chr. Wolf, Darjes, fueron no sólo profundos conocedores del Derecho romano, si que ---

también amigos de éste; algunos, como Chr. Wolf, se sirvieron de él en la práctica. Grocio sentía una gran admiración por el Derecho romano. El Derecho romano -- suministró a los autores citados gran parte del material de que se sirvieron -- para elaborar el Derecho natural.

Pero se produjo una novedad. El Derecho natural era el patrón o medida adecuada para la valoración o crítica del Derecho romano. He dicho múltiples veces -- que el Derecho romano no fué aceptado por sus buenas cualidades intrínsecas, -- sino por representar un Derecho verdaderamente imperial apoyado en la idea cultural de Roma. Desde que los glosadores lo introducen en el horizonte medievoal, -- nadie se permitió dudar de su fundamental validez. La interpretación del corpus-iuris con criterio exegético autoritario, facilitó la modernización del Derecho romano y la eliminación de los elementos de éste, que resultaban ya inservibles. Con el Derecho natural ocurrió cosa distinta. Este Derecho no fué un Derecho válido en todos los tiempos y en todos los lugares (18); pretendió, sin embargo, -- tener vigencia, por derivar de la razón, independientemente de toda formulación estatal en un sistema de Derecho positivo. Así, pues, el Derecho natural, considerado como canon o medida para la valoración crítica del Derecho vigente, fué, -- sin duda alguna, la fuerza que impulsó el progreso y la reforma de la vida jurídica y despertó la sensibilidad social sin necesidad del acicate del socialismo, singularmente en la esfera de la vida pública y en orden a las cuestiones que se refieren a la libertad política, al Derecho penal y al mismo Derecho privado, a pesar de un carácter tan conservador. Aplicado al Derecho romano, el problema debe formularse así: el Derecho romano es un Derecho existente, ahora bien, la -- cuestión de si debe o no recibir aplicación en la actualidad, depende de que este Derecho concuerde o no con el Derecho natural. Por eso Darjes exige que el Derecho romano sea sometido a un examen previo; el abogado del Presidial de Clermont-Ferrand, Domat, escribe sus Lois civiles dans leur ordre naturel (1689-97),



obra en que trata de eliminar del Derecho romano todo lo superfluo, exponiéndolo como razón escrita de modo sistemático y Thomasius pretende justificar el Derecho romano vigente en Alemania; hechos todos que constituyen los supuestos espirituales de la codificación, la cual tiene lugar en el tránsito del siglo XVIII al XIX.

Debe además tenerse en cuenta que si el Derecho natural puede inspirar cualquier sistema de Derecho positivo, no es correcta la pretensión de hallar aquél exclusivamente en el Derecho romano y en el alemán. Por esta razón fueron estudiados otros Derechos y el Derecho natural fué considerado como el padre del Derecho comparado. Ya Leibniz en su obra Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae (1667) conoce una iurisprudentia historica interna quae variarum rerum publicarum iura recenset. A fines del siglo XVIII apunta la tendencia de dar al Derecho natural una base realista. El precursor de Savigny, Hugo (1764-1844), quiso en Göttingen relacionar la historia del Derecho con la Filosofía del Derecho y -- sobre el estudio comparado de los diversos Derechos positivos, construir una historia universal del Derecho (19). Estas ideas fueron compartidas por Feuerbach -- (1772 - 1833) y Thibaut (1772 - 1840). La escuela histórica con su tendencia positivista y su limitación a los Derechos romano y alemanes se encargó de acabar con esta nueva directriz. Es indudable que estas ideas merecen atención y pueden, -- como veremos más adelante, ser aceptadas en la actualidad con las necesarias modificaciones. Contemporáneamente a estas tendencias, surge otra en el último período, que atribuye al Derecho natural un valor relativo, en cuanto estima que no -- contradice a la esencia del Derecho natural, el interesarse por un sistema concreto de Derecho positivo, elaborándolo conforme a los principios y método iusnaturalistas, y creando de esta suerte un Derecho natural de carácter territorial y nacional".

N o t a s

- (1) Werner Goldschmidt, Introducción al Derecho, Ed. Aguilar, 94 ss.
- (2) E. Hinojosa, Influencia que tuvieron en el Derecho público de su Patria, y singularmente en el Derecho penal, los filósofos y teólogos españoles, 93 - 94.
- (3) W. Goldschmidt, obra cit. 266 - 267.
- (4) Entre ellos, apenas puede figurar Ulrico Zasius (1461-1535), objeto de un estudio valorativo por parte de E. Wolf en Grosse Rechtsdenker d. deutschen Geistesgesch. (1943), 55 - 91.
- (5) Vid. Stintzing, Gesch. d. deutschen Rechtswissenschaft, I, 254 ss.
- (6) Stintzing - Landsberg, III, 1, 308 ss. 437 ss., 442 ss.
- (7) Stintzing - Landsberg, III, 1, 444 ss.
- (8) Vid. Albertario, Concetto classico e definizioni postclassiche del ius naturale. Studi di diritto romano, V, 279 ss.
- (9) Sobre este E. Wolf, Grosse Rechtsdenker, 213 ss.
- (10) Wolf, 293 ss.
- (11) Wolf, 298, Schwarz, John Austin on the German jurisprudence of his time, Politica, 1934, 184 ss.
- (12) Wolf, 343, 346, ss.
- (13) Stintzing - Landsberg, III, 1, 202.
- (14) Schönfeld, Die Geschichte der Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik (1943), 448 ss.
- (15) Stintzing - Landsberg, III, 1, 292 ss.

- (16) Bergbohm, Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie, I, 222, ss.
- (17) Stintzing - Landsberg, III, 1, 217. Vid. además, suplementos, 506.
- (18) Bergbohm, Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie, I, (1892) 130, 140, ss. define el Derecho natural como un Derecho que independientemente de su fijación positiva, pretende regular la vida jurídica de modo más o menos decisivo.
- (19) Stintzing - Landsberg, III, 2, 40; E. Wolf, 454; v. Hippel, Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan (1930), 25 ss., 35.

## CAPITULO XVII

### EL USUS MODERNUS PANDECTARUM. SAVIGNY, LA ESCUELA HISTORICA Y EL DERECHO DE PANDECTAS. IHERING

La coexistencia, más o menos encontrada, de la tradición romanística con el floreciente Derecho Natural racionalista y con los Derechos autóctonos —primordialmente el germánico— tiene su escenario principal en Alemania.

Se trata de un momento esencial y paradójico del Derecho europeo en el que influyen las nuevas codificaciones, que en opinión de autores sobresalientes —Savigny entre ellos— se precipitan e interfieren la evolución lógica del Derecho.

Indudablemente en el hecho codificador hay factores políticos, siendo acaso el más notorio el de la Revolución francesa que condicionó el Código napoleónico tan prolífico en influencias. Sin embargo, observemos, moderando a Koschaker el calificar, según ya indicamos, la codificación napoleónica como un fenómeno autónomo capaz de eclipsar a Justiniano, que el nuevo código francés, pese a —sus influencias políticas es un tramo evanzado de la tradición romanística.

También, dentro de la tradición romanística hubo paradojas y eclipses como atestiguan las siguientes consideraciones del profesor Alvarez Suárez (1): "Desde un punto de vista lógico riguroso, el Derecho romano que debiera figurar en los planes de estudios universitarios sería aquel que más influyó en los Códigos vigentes; es, a saber, el Derecho justinianeo, reelaborado por los glosado-

res y comentaristas y vivido en parte en los siglos XVII y XVIII. Este Derecho -- recibió en Alemania el nombre específico de Derecho romano común y tuvo, además, la virtualidad de provocar el nacimiento de una *literatura jurídica* que formó la base de la actual ciencia civilística (2) (Derecho de Pandectas). Los nombres de Windscheid, Bekker, Brinz, Serafini, son, por sí testimonios elocuentes. No obstante, el aspecto que hoy ofrecen las universidades es bien distinto; una vez -- promulgados y puestos en vigencia los diversos Códigos civiles, atrajeron naturalmente la atención primordial de los estudiosos, y el Derecho de Pandectas tomó un carácter de propedeútica al Derecho civil. Así explicaba Mitteis un curso-anual de Grundlagen der Pandekten als romanistische Einführung in das heutige -- bürgerliche Recht. Y aún se mantuvieron cursos semejantes en Giza y Austria, -- donde, sin embargo, el Derecho romano no había regido de hecho. No se conserva -- este estudio sino en algunas Facultades de Francia e Italia, aún cuando su carácter ha variado en absoluto (3). El curso de Pandectas es sencillamente un curso de Derecho romano intensificado, en el que se trata por extenso, y directamente sobre las fuentes, una materia monográfica cualquiera".

Hemos elegido como ponente en este discurrir sobre el Usus modernus Pandectarum al profesor Sohm, que lo fué de la Universidad de Leipzig, "a la par historiador del Derecho y civilista, germanista y romanista eminente que poseía sobre sus cualidades de investigador y de erudito, ese raro talento de ponderación y de plástica claridad que distingue a los maestros más afortunados" (4).

Hemos subrayado "ponderación" y "plástica claridad" en este breve curriculum vitae, porque un tema tan polemizado y augurado --incluso lleno de "futuribles"-- requiere, en su expositor, ambas cualidades.

"Las figuras de más relieve --escribe Sohm (5)-- en esta escuela de los Comen

taristas son Bártolo y su discípulo Baldo. Las obras del primero dan casi siempre fisonomía definitiva a los conceptos jurídicos. Más que a Irnerio y a los glosadores todos, corresponde a Bártolo el lugar preeminente en la historia del Derecho romano medieval. Sus Comentarios se imponen en la práctica con fuerza de dogmas, llegando a seguir en España y Portugal cual si tuviesen autoridad de ley (6). Este jurista famosísimo contribuyó más que ningún otro a crear el "Derecho común" transplantado a Alemania por la Recepción. En el siglo XVI se promueve en Francia una corriente de reacción contra los bartolistas y surge una "escuela histórica" que cuenta nombres tan brillantes como los de Cuyacio y Donelo; los cuales, apartándose de las influencias del escolasticismo, retornan al Derecho romano puro, más atentos a la erudición anticuaria y filológica que a las necesidades prácticas del momento: en el seno de esta escuela se prepara el renacimiento científico del Derecho romano. Los métodos históricos franceses pasan, en los siglos XVII y XVIII, a los romanistas holandeses, entregados igualmente a investigaciones más "elegantes" que prácticas. En Alemania —donde Ulrico Zasius, a principios del siglo XVI, pretende implantar estas corrientes histórico-humanistas, sin encontrar ambiente— prevalece el espíritu de los juristas italianos y se acogen por Derecho vigente, no tanto las leyes del Corpus juris como los Comentarios de Bártolo y Baldo.

Con el Derecho romano modelado por Glosadores y Comentaristas, pasan a Alemania las leyes canónicas y el Código longobardo —los Libri Feudorum— refundidos también por los juristas italianos. Los pasajes no glosados del Corpus iuris no alcanzan tampoco aplicación en este país (7). Proyéctese aquí un proceso espontáneo de adaptación y desarrollo del Derecho recibido, al amparo de la jurisprudencia cameral, a cuya obra cooperan los tratadistas y los "prácticos" o "cameralistas" de los siglos XVI y XVII, entre los cuales descuella en el siglo XVII, Benedicto Carpzow. El Derecho "común" transplantado a Alemania por la Recepción, no

es otra cosa que el Derecho italiano "de Pandectas", modernizado y germanizado - (8).

En la recepción del Derecho romano, longobardo y canónico, desempeña papel decisivo la ley de Tribunal cameral —año de 1495—. Dispónese en ella que los fallos de este Tribunal de nueva creación hayan de atenerse, por regla general, al "Derecho común del Imperio", que es tanto como decir al Derecho romano elaborado por los Comentaristas; solo en casos excepcionales se declara vigente el Derecho germánico nacional. La Recepción abarca el Derecho romano en masa, como unidad y en todas sus normas e instituciones, en tanto que las partes inciertas no prueben judicialmente su validez. Por el contrario, quien quiera que invoque una norma de Derecho germánico, hallase obligado a demostrar ante el Tribunal que el precepto alegado rige en la práctica del lugar donde se aduzca. En la mayor parte de los casos, esta prueba es harto difícil, por tratarse casi siempre de costumbres no escritas. Además la citada ley exige que las normas, para obligar, sean "de buena fe, honradas y tolerables". Para jueces, como eran aquellos, educados en las ideas jurídicas romanas, no era extraño que las instituciones germánicas resultasen, frecuentemente, "intolerables".

La era de la Recepción comprende los siglos XVI y XVII, en que predomina el Derecho extraño, transformando la práctica judicial. Los puestos de jueces son ocupados por letrados y doctores que, con sus sentencias, consagran aquel movimiento (9). Estos derroteros seguidos por la judicatura, traen como consecuencia el olvido, cada vez más completo, del Derecho germánico. Para los jueces letrados solo existe un Derecho, que es el recibido.

En el transcurso del siglo XVIII surge un nuevo movimiento en la historia de la jurisprudencia. La ciencia jurídica cambia de dirección, y el espíritu de la-

época alzase contra las tradiciones consagradas. Aparece en el horizonte una nueva escuela: la escuela del Derecho natural "racionalista", fundada por el holandés Hugo Grocio, con su obra De jure belli ac pacis. En el XVIII, esta nueva ciencia se impone al espíritu de los tiempos y le infunde un sentido moderno: recabe para las actividades del individuo un régimen de libertad —libertad de pensamiento y de religión, libertad científica— y la abolición de las trabas territoriales e industriales procedentes de la Edad Media. El Derecho romano vigente no escapa tampoco a los embates críticos de un Thomasius o un Christian Wolf. Un nuevo y luminoso horizonte se abre al legislador: alzase ante él el imperativo —de abandonar el Derecho heredado para levantar sobre sus ruinas un Derecho "racional", a tono con los nuevos tiempos. El imperio caduco carecía de fuerzas —para proseguir su marcha ascendente. Las legislaciones nacionales, reaccionando contra el Derecho romano común, cada día más despótico, disponense a romper con el pasado. A la Escuela del Derecho natural se debe el movimiento codificador, —que irrumpe con gran energía en el siglo XVIII. La dominación del Derecho extranjero tocaba a su fin.

A la vez que esto ocurre, va formándose, desde principios del siglo XVIII, al lado de la jurisprudencia pandectística una nueva ciencia jurídica: la del Derecho germánico. Los Derechos particulares, que vivían latentes en Alemania, adquieren conciencia de su valor, y sus conceptos y principios jurídicos, consolidados, se enfrentan ahora resueltamente con el Derecho intruso.

Y, sin embargo, precisamente en esta época, rodeados por todas partes de hostilidad, los estudios pandectísticos resurgen, con gran pujanza, en la escuela —de Savigny (10); y este resurgimiento, aunque parezca paradójico, acarrea su ruina definitiva. La escuela de Savigny debe su nacimiento a la magna corriente del "romanticismo", que, a principio del siglo pasado, vence a la filosofía racional-



lista y entrega el cetro espiritual de la época a esas causas reales e inexplicables de lo existente que se cifran en el tópico de lo "romántico"; es decir, el devenir de la Historia.

Savigny funda la que por esta razón se llamó la "Escuela histórica", en que el Derecho se considera como producto nacional y genuino de la historia de cada pueblo, que nadie puede moldear ni ha moldeado jamás a su capricho, porque brota y se forma "orgánicamente", bajo el latente impulso de leyes interiores y perennes(11). La teoría del Derecho natural había contribuido poderosamente a realzar el papel de la legislación; Savigny, en cambio, duda que nuestra época se halle realmente capacitada para legislar, entendiendo, además, que toda obra legislativa es siempre, por fuerza, imperfecta y caduca. Años más tarde, sin embargo, los azares de la política llevan a este mismo hombre a desempeñar la cartera de "Legislación" en el Gobierno de Prusia; y es que la vocación legislativa no nace -- precisamente de la capacidad de un individuo o de una época, sino de las necesidades prácticas de los pueblos.

Savigny debe la mayor parte de su influjo en la práctica a su clásico "Tratado de la posesión" (12), en que por vez primera, se expone el Derecho posesorio romano, ascendiendo directamente a las Fuentes, es decir, a los textos del Corpus iuris. El régimen posesorio de los pandectistas, o Derecho común vigente a la sazón, difería notablemente del romano. El Derecho canónico y la teoría y la práctica del Derecho común habían terminado por darle una forma totalmente nueva alterando hasta sus conceptos más fundamentales. La obra de Savigny tiene el valor de sacar de nuevo a la luz el Derecho romano puro, definiéndolo de modo perfecto y uniendo la brillante inteligencia de su autor al vigor de los juristas clásicos. Es la primera obra en que se revela al mundo moderno, en una exposición fiel, el verdadero Derecho romano. Fué como un milagro, al que todos los --

espíritus se rindieron. Rápidamente, ante esta genial acometida, el Derecho posesorio de los pandectistas, consagrado por varios siglos de tradición, se viene a tierra. La jurisprudencia alemana cambia radicalmente de dirección. Abandonando el usus modernus pandectarum, abraza con ardoroso entusiasmo los estudios puros sobre el Corpus iuris y se entrega de lleno a las nuevas investigaciones históricas, encaminadas a restaurar las líneas armónicas del Derecho clásica. Suceden una serie de obras magníficas y fecundas, que empiezan a revelar plásticamente lo que era el Derecho romano pristino en su estado de florecimiento, y cuando la doctrina de los pandectistas contiene de falso y endeble es arrojado al fuego. Este período historicista culmina en el "Sistema de Derecho romano actual" de Savigny y en el clásico libro de "Pandectas" de su discípulo Fuchta. — Tras estas obras sobreviene una reacción a favor del usus modernus pandectarum, representada por Bruns en su estudio sobre la "Posesión" —1848—, que más tarde se inspira en el sentido de las modernas ideas y necesidades. Son exponentes de esta nueva dirección: Ihering, Windscheid, Bekker, Dernburg. Más la obra depuradora de Savigny y su Escuela histórica no podía relegarse en absoluto. El Derecho de Pandectas, plegado a la práctica jurídica, primero de Italia y luego de Alemania, había terminado su misión. Su herencia, con escasas variaciones, fué recogida por los estudios de Derecho romano puro; y mientras que el Derecho de Pandectas pierde su vigencia práctica, la teoría pandectística obtiene triunfos jamás soñados con este retorno a las Fuentes. Este Derecho romano restaurado fué como sigue siendo, escuela insuperable de educación jurídica; pero su excesiva dedicación al pasado histórico de Roma le impide seguir dominando como Derecho vigente en la vida actual. Justo era que abandonase el campo al nuevo Código civil.

El Corpus iuris, despojado de su vigencia práctica, conserva su preeminencia en los estudios, que jamás perderá".

Es oportuno destacar ciertos puntos de vista debidos a Koschaker sobre Savigny y su complejo entorno jurídico.

"La actitud de Savigny —dice Koschaker— fué ejemplar. Quien repase las docenas de nombres de representantes de la escuela histórica citados por Landsberg — en el vol. 2 de la Historia de la ciencia alemana del Derecho, de Stintzing, con breves apuntes biográficos —figuran solamente los más destacados— apenas podrá hallar unos cuantos que de la profesión docente, hayan pasado a ejercer la práctica, o a la inversa, que tras la profesión práctica hubieran desempeñado el cargo de profesor. Los representantes de la escuela histórica eran profesores y no prácticos y lo que crearon fue un Derecho profesoral, no de juristas (13).

Ahora bien, la escuela histórica, como Derecho de profesores, actuó principalmente en la práctica a través de la legislación, y en efecto, influyó en leyes particulares de los territorios alemanes y en las codificaciones, así, por ejemplo en el Código civil sajón de 1863, que constituye propiamente un manual de Pandectas desarrollado en párrafos; en el Código de Comercio alemán de 1861 (14), y sobre todo en el Código civil alemán, la gran victoria de Savigny y de la Pandectística alemana.

Koschaker desmiente la influencia del Romanticismo en Savigny en los términos siguientes: "En oposición a la literatura antigua propicia siempre a atribuir al romanticismo un influjo decisivo en Savigny y en la escuela por este fundada; la investigación reciente, procede en este punto con circunspección digna de elogio (15). Savigny no fue un romántico a pesar de haber emparentado con la familia Brentano, y a pesar de las relaciones que mantuvo con los círculos literarios adscritos al romanticismo. Descendiente de una rica familia, educado con rigidez en la reforma, habituado a un alto tono de vida, su actitud espiritual,

se inspira en el clasicismo, y su temperamento repudia todo lo que signifique -- violencia, exageración o tendencia revolucionaria.

En Savigny conviven una "germanidad" y una "romanidad" que en su momento tendían a separarse: "Savigny con su sentido imperialista, era al mismo tiempo un -- europeo y como tal, no admitió contradicción alguna entre su mentalidad nacional alemana y su aspiración a situar el estudio del Derecho romano en puesto prefe-- rente".

Finalmente, junto a los pandectistas Brinz, Dernburg, Glück, Puchta, Vange-- row, Windscheid, se alza la gran figura de Ihering que llena el último epígrafe-- de este capítulo.

Muchas páginas harían falta para adentrarse en la obra de Ihering, pero no -- hay aquí lugar para un estudio monográfico. Por ello prefiero transcribir una -- síntesis aceptable contenida en el prólogo del libro: Abreviatura de "El Espíri-- tu del Derecho romano" de R. Von Ihering, editado por la Revista de Occidente.

Ihering --escriben los prologuistas-- que había nacido en 1818, en el reino-- de Hannover, pertenece a una nueva generación que tiene ya medio cuerpo fuera -- del romanticismo mientras el otro avanza hacia una actitud vital de enérgico -- pragmatismo. El espíritu del Derecho romano, obra de su juventud (1852-1865), re-- presenta muy exactamente esta doble inspiración. Por un lado, le aparece el he-- cho de los usos jurídicos romanos brotando de la peculiarísima situación que es-- la historia del pueblo romano. Ihering es también "historicista". Más, por otro-- lado, ese brotar no tiene un difuso e irresponsable carácter lírico, sino que -- las instituciones romanas son vistas como instrumentos, como máquinas; por tanto como medios que sirven necesidades de la colectividad. No son, pues, solo expre-- siones o síntomas de un "alma nacional", sino funciones de la vida colectiva. El

historicismo se integra en funcionalismo y la contemplación descriptiva, estilística, se precisa en explicación racional. La unión de ambas visiones, que mutuamente se moderan, hace de la obra de Ihering una de las producciones más ricas y maduras de la mente occidental.

La intención de Ihering frente a la "escuela histórica" --claro está, frente a los modos precedentes de estudiar el Derecho romano-- podía formularse así: El Derecho romano solo puede entenderse como un hecho romano, pero ese hecho romano solo puede entenderse si se entiende lo que es derecho. Precisamente porque en el romano se acusan ejemplarmente, más aristadas que en ningún otro, los caracteres esenciales del derecho, su estudio tiene un valor excepcional. Esto le lleva a descubrir en el Derecho romano lo que el derecho es, no solo como función social, sino como técnica o instrumentalidad de esa función. Esta idea de una técnica jurídica ha sido, es aún, de incalculable fertilidad.

N o t a s

- (1) U. Alvarez Suárez, "Horizonte actual del Derecho romano", 50, ss.
- (2) Schwarz: Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande. (Symbolae Friburgenses), 425; Separata, Leipzig, 1935.
- (3) Este proceso seguido por el estudio del Derecho de Pandectas es detalladamente reseñado en la obra de Schwarz: Pandektenwissenschaft und heutiges - romanistisches Studium, Zurich, 1928, 6, 11.
- (4) W. Roces, traductor y prologuista de "Derecho Privado Romano" de R. Sohm. En el prólogo, XI.
- (5) R. Sohm, obra cit. 135, ss.
- (6) Cfr. Savigny, op. cit., VI, p. 154.
- (7) De aquí proviene aquel célebre apotegma, originario del siglo XVII, Quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia.
- (8) Para designarlo, generalizase, desde mediados del siglo XVII, la expresión de Usus modernus pandectarum.
- (9) V. sobre la "Recepción" las interesantes doctrinas de v. Below, Die Ursachen der Reception des römischen Rechts in Deutschland (1905), 137 ss.
- (10) Entre los precursores de Savigny no debe omitirse el nombre de Hugo. V. J. Merkel, Gustaw Hugo (Discurso, Göttinga, 1.900).
- (11) Savigny, Vom Beruf un serer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814).
- (12) Savigny, Das Recht des Besitzes (1803).
- (13) Se comprende el ataque que el práctico Kirchmann, en una conferencia pronunciada en Berlín en 1847, titulada "Sobre la carencia de valor científico de la Jurisprudencia", dirigió a la escuela histórica, ataque que culmina en la conocida frase: "tres palabras del legislador rectificandoy bibliotecas enteras se convertirían en papel de desecho".

- (14) Vid. supra, pág.
- (15) Vid. supra, 284-285; además, Stintzing-Landsberg, III, 2, 186 ss., 242 ss.; Kantorowicz, Recht u. Wirtschaft, I, 50; Schönfeld, 527, 551 y sig.; Wolf, 440 ss., 445 ss.; Koschaker, 20, 21 con abundante bibliografía.

## CAPITULO XVIII

### EL NEOHUMANISMO JURIDICO. NUEVAS CODIFICACIONES

La Pandectística con su interpretación "actualizadora" del Derecho romano vió surgir frente a ella una nueva tendencia que entraña una progresiva acentuación - del historicismo. Mientras los pandectistas tratan de contruir sobre el Derecho - justiniano el nuevo brote historicista se polariza y pone su atención en el Dere- cho romano clásico.

"Esta nueva tendencia —dice Fernández Barreiro (1)— trajo para el Derecho ro- mano un clima de auténtica renovación. Las fuentes clásicas comienzan a ser estu- diadas con verdadero interés por los romanistas: Lenel hace su incomparable estu- dio sobre la base capital del Derecho clásico, el Edicto Pretorio (Das Edictum — Perpetuum, 1883), y la Jurisprudencia romana (Palingenesia Iuris civilis, 1889);- Gradenwitz publica sus Interpolationen in den Pandekten, en 1887, y unos años más tarde, Mitteis hace en 1891 su estudio histórico Reichrecht und Volksrecht in den Östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. Es el momento —finales del siglo XIX— en el que la ciencia romanística comenzó a preocuparse por la depuración de los textos romanos con el intento de hallar el verdadero eslabón de las fuentes- clásicas para reconstruir así el Derecho romano en su estado más puro. Graden- witz y Eisele comienzan a fijar los criterios adecuados para descubrir las altera- ciones justinianas, dando el sólido fundamento a la teoría de las interpolacio- nes, ya encontradas en muchos casos por los antiguos.

Mitteis decía que la tarea fundamental del estudioso del Derecho romano era -



la de tratar de seguir el gradual desenvolvimiento de los conceptos jurídicos en su propia evolución de generación en generación, mostrando con ello la actividad de los juristas individuales y presentando, a la vez, una Historia jurídica biográfica de la Antigüedad romana, de una manera parecida a como se ha logrado hacer en la Historia del Arte.

Bien es verdad que el propio Mitteis, en su obra Reichsrecht und Volksrecht in der östlichen Provinzen, es el que por primera vez pone de relieve la descomposición de los principios romanos en las provincias helenísticas.

Se trata de una dirección o tendencia historiográfica pura denominada por — Koschaker con acierto "neo-humanismo". Este neo-humanismo hace del estudio del — Derecho romano una verdadera ciencia histórica con contenido propio y genuino, y especialidad de métodos y técnicas.

"Esta nueva dirección (2) o tendencia —dice Koschaker justificando el nombre que él le asigna— en realidad ofrece las mismas características que ofrecía el humanismo del siglo XVI. Este en lo que a la ciencia romanística se refiere, fué un aspecto parcial del gran movimiento espiritual del humanismo; la orientación neo-humanística, en cambio, es una actividad un tanto imprecisa. En la época del humanismo el Derecho romano era Derecho vigente, de manera que la orientación — del mos gallicus podía ser situada a lo sumo en plano de igualdad con la del mos italicus; el neo-humanismo, en cambio, se produce en un tiempo en que el Derecho romano había entrado ya en su etapa de no vigencia, y por lo tanto el estudio — del mismo podía realizarse con una exclusividad que hasta ese momento no había — sido posible.

La nueva dirección pudo, pues, llamarse histórica, por razones muy diversas — de aquellas que habían justificado que se llamara histórica la escuela de Savig-

ny. Muchos de sus partidarios experimentaron una sensación de alivio al sentirse relevados de ocuparse de la validez práctica del Derecho romano, y se aplicaron al estudio de éste como fenómeno exclusivamente histórico.

Los conocimientos históricos habían incrementado a la sazón poderosamente y en un lapso de tiempo relativamente breve. Quien desee tener una orientación general sobre este progreso, puede consultar el discurso de ingreso de Wenger en una Academia de Viena, titulado "Estado actual de la ciencia del Derecho romano" (3).

En esta consideración exclusivamente histórica del Derecho romano, el corpus iuris no era otra cosa que una fuente de conocimiento. De tal consideración deriva la crítica de las fuentes en forma de investigación interpolacionística, conocida ya por los humanistas, olvidada después, y abandonada, finalmente, por la escuela histórica. El restablecimiento de esta investigación dió como resultado el descubrimiento de innumerables alteraciones llevadas a cabo en las fuentes — originales utilizadas por la compilación de Justiniano, alteraciones que en nuestra época aumentan en proporciones gigantescas por efecto de los glosemas prejustinianos, descubiertos a principios de nuestro siglo. La consideración de estas alteraciones postclásicas hizo posible una percepción de la distancia que media entre el Derecho clásico y el justiniano, mucho más clara que la que pudieron tener los humanistas, y condujo como había ocurrido ya con éstos, a una subestimación de Justiniano y sus colaboradores y correlativamente a una exaltación del Derecho clásico. Estas alteraciones en los textos, en número tan extraordinario, produjo al principio confusión, hasta que poco a poco fueron agrupadas y ordenadas. Riccobono demostró que muchas interpolaciones eran solamente formales y hechas para insertar las normas del Derecho pretorio, el cual en el período postclásico había perdido ya su función creadora en el sistema del Derecho civil —

(4); por otra parte, la investigación —especialmente la italiana— se esforzaba ahora en reconstruir a través de las interpolaciones y de las glosas, las teorías jurídicas postclásicas, y en conseguir mediante las fuentes debidamente depuradas un conocimiento rigurosamente exacto del Derecho clásico. De esta suerte a la primitiva anarquía y falta de plan en la investigación de las interpolaciones, sustituyeron un orden y unos fines precisos y se convirtió la indagación interpolacionista en un medio científico preciso, el cual con todo, actuó en ciertos aspectos de modo perjudicial y destructivo. Los pandectistas del siglo XIX —apenas si creían ya que Justiniano era el predecesor del emperador alemán y que el Derecho romano rigió como Derecho imperial, pero habían conservado de la Edad media, la idea de que el corpus iuris era un código y como tal un libro autoritario. Esta creencia fué aniquilada por la crítica de las fuentes de la dirección neohumanística. Para los juristas, el corpus iuris dejó de ser un Código, pues —no hay en él pasaje alguno cuyo texto no sea dudoso, y lo que es peor, en el 90 por 100 de los casos los especialistas no se muestran ni mucho menos de acuerdo sobre la forma y alcance de las alteraciones introducidas. Con todo hay que reconocer que el mal fué menos grave de lo que parecía, porque al final del siglo XIX los territorios en que el Derecho romano regía todavía, o debía regir, se redujeron al mínimo.

De aquí otra consecuencia. El jurista que se ocupaba de Derecho romano con fines prácticos halló este Derecho en la legislación justinianeá; el historicista que considera el Derecho romano como fenómeno histórico, estima el corpus iuris como la fuente de conocimiento más importante, pero no la única. Todos los medios al servicio de la ciencia histórica, literatura, inscripciones, etc., figuran también como fuentes de conocimiento del Derecho romano. Este fué ya el —punto de vista sustentado por los antiguos humanistas. A fines del siglo XIX las fuentes experimentaron una considerable ampliación, debida al conocimiento de —

una gran cantidad de documentos jurídicos escritos en papiros y en lengua griega durante el período de la dominación griega y romana en Egipto (332-30 antes de - J.C., 641 d. de J.C.). Constituyen éstos fragmentos o colecciones, y su número - ha aumentado extraordinariamente por efecto de las excavaciones llevadas a cabo - en Egipto en los dos últimos decenios. Estas nuevas fuentes han sido objeto de - doctas ediciones destinadas a los especialistas (5). El mérito de haber utiliza- do con primacía indiscutible estos documentos en la historia del Derecho, corres- ponde a L. Mitteis. En su libro Derecho imperial y Derecho popular en las provin- cias orientales del Imperio romano (1891), plantea a este autor el problema de- si por efecto de la concesión del derecho de ciudadanía romana a todos los súbd- tos del imperio hecha por el emperador Caracalla (constitutio Antoniniana, 212 - d. de J.C.), entró también en vigor en todo el imperio el Derecho privado roma- no. Mitteis niega que éste extendiese su vigencia a la mitad oriental del impe- rio (6), y con este motivo aplica su atención al estudio de los Derechos de las- provincias orientales. Tales son el Derecho griego y los Derechos propiamente -- orientales; estos últimos vigentes en los territorios litorales de la parte ---- oriental del Mediterráneo sufrieron desde Alejandro Magno un influjo tan fuerte- de la cultura griega que se les comprende bajo la denominación de Derechos helenísticos, hallándose por regla general los documentos jurídicos pertenecientes a estos Derechos, escritos en griego. Constituye un material propio del Derecho helenístico de Egipto los papiros greco-egipcios. El libro de Mitteis hizo época- y dió a la ciencia romanística una nueva orientación. Fué Mitteis el fundador - de la papirología, y los romanistas atraídos por la nueva dirección que estos es- tudios entrañaban, pasaron por alto el Derecho romano y se interesaron por el es- tudio de otros Derechos antiguos que hasta entonces fueron dominio reservado a - los filólogos, teólogos o historiadores; especialmente, se aplicaron al estudio- del Derecho greco-helenístico. También comenzaron a estudiarse aunque con menor-

intensidad, debido a las dificultades que ofrecía la lengua en que se hallaban — escritos el Derecho egipcio antiguo, el bíblico talmúdico y un grupo de Derechos orientales antiguos, los cuales, por el hecho de consistir sus fuentes en una — gran cantidad de tablas de arcilla cubiertas de escritura cuneiforme, pueden muy bien denominarse compresiva y abreviadamente Derechos escritos en cuneiforme. — Estos Derechos fueron objeto de mayor atención todavía por parte de los juristas después del descubrimiento de la ley babilónica antigua del rey Hammurabi. En — este campo de la investigación, el enlace con la antigüedad clásica de valor tan decisivo ahora en los estudios histórico-jurídicos, es, naturalmente, mucho más — tenue. Los documentos jurídicos, redactados en escritura cuneiforme, fueron ofre — cidos a los juristas por José Kohler el año 90 del pasado siglo, para servir a — los estudios de Derecho comparado.

En realidad nada tiene de sorprendente este ensanchamiento del campo de la — investigación romanística. Para los antiguos juristas europeos, sólo el Derecho — romano y algunos aspectos de los Derechos germánicos fueron objeto de un estudio histórico, en la medida en que entonces se podía hablar de un estudio de esta in — dole. Y ello porque estos Derechos eran el fundamento del Derecho vigente. Predo — minaba, pues, en la valoración de estos Derechos, un criterio o punto de vista — específicamente jurídico, puesto que se tenía muy en cuenta la relación de los — mismos con el Derecho actual y se ponían en definitiva los estudios histórico ju — rídicos al servicio de este último. A partir de la tendencia iusnaturalista, la — idea de un estudio comparado de los distintos Derechos pudo ser un motivo para — ampliar el campo de la investigación histórica, extendiendo ésta a otros Dere — chos. El problema es completamente distinto para quienes estiman que la historia del Derecho es una disciplina de carácter científico y autónomo. No podemos exa — minar la cuestión de por qué no se aplicaron los métodos propios de esta ciencia a la reconstrucción histórica de un Derecho cualquiera, cuyas fuentes permitie—

ran esta tarea. No es ningún azar el que los humanistas del siglo XVI mostraran - la tendencia a ensanchar el campo de la investigación sobre el Derecho romano, ex tendiéndola a otros Derechos, tales como el bíblico o el griego.

Esta dirección se opone abiertamente a la escuela histórica cuyo interés dogmático hace que sólo acepte en su programa el estudio de los Derechos romano y alemán y excluya del primero de éstos el estudio de la rama del Derecho público. Si en los últimos tiempos el cultivo de esta disciplina parece haber adquirido importancia dentro de la dirección neohumanística, ello se debe en mucha parte a la relevante personalidad de Teodoro Mommsen, el cual dedicó sus geniales dotes al estudio de aquellas materias. Aunque parezca paradójico también L. Mitteis incurrió en el desafecto de la escuela histórica, por haber impulsado poderosamente la ampliación del campo de la investigación histórico-jurídica. Como discípulo de A. Exner en Viena, y procedente de la Pandectística, era el Derecho romano el centro vivo de su interés, un interés que respondía a un punto de vista dogmático al que Mitteis fué fiel durante toda su vida (7). Mitteis se sirvió de los demás Derechos para resolver problemas de Historia del Derecho romano y estos Derechos le interesaron siempre, no por su valor en sí, sino por la utilidad que ofrecían en relación con el Derecho de Roma. Sólo la papirología constituyó una excepción en ese su punto de vista, pero su entusiasmo por estos estudios no fué superior al de los demás cultivadores. De aquí su actitud en abierto contraste con la antigua historia del Derecho. De ella hablaré en seguida (8).

En el estudio de estos antiguos Derechos, distintos del romano, imperaba un desorden verdaderamente anárquico. Corresponde a Leopoldo Wenger el mérito de haber intentado ordenar toda esta caótica materia, imprimiéndole una dirección y resulta interesante comprobar que el campo de investigación que para Mitteis sólo tenía un valor auxiliar y complementario en relación con los estudios romanísti-

cos, fué para su discípulo Wenger, la base de un estudio científico autónomo: el de la historia de los Derechos antiguos (9). El estímulo para esta concepción lo dió Egipto en la época de la dominación romana. En esta época se da en aquel país la vigencia del Derecho nacional egipcio y de los Derechos griego, helenístico y romano. Para Wenger, la historia del Derecho es la historia de los Derechos antiguos con sus recíprocos influjos e interdependencia. No es ahora ocasión de entrar en los pormenores de esta idea y tomar posición respecto a ella. Debe ponerse de relieve únicamente (10), que la jerarquización de los Derechos, objeto de estudio, la valoración de éstos, sólo es posible, adoptando un criterio específicamente jurídico, y de ningún modo si se sigue una orientación histórica abstracta. La antigua historia del Derecho es en esto consecuente. Todo reconocimiento del papel relevante que el Derecho romano desempeña, entraña el desmoronamiento de este Derecho, o como Wenger dice, la liberación del mismo de la splendide isolation en que hasta la fecha se hallaba. El Derecho romano ya no es como fué para las antiguas generaciones de juristas, el Derecho por antonomasia, o mejor aún, el Derecho europeo, por ser el fundamento de los Derechos de Europa o haber influido en mayor o menor grado en la teoría de estos Derechos; el Derecho romano es en esta nueva concepción un Derecho antiguo, ciertamente el más significativo e importante, pero ornado solamente con la condición de primus inter pares. Reconocerlo así no es intrascendente ni deja de influir en la valoración de los estudios de Derecho romano en Alemania tal como éstos se perfilan en los nuevos tiempos.

La nueva orientación gana terreno apresuradamente en Alemania, y dada la tendencia doctrinaria de los alemanes, tal vez haya exceso y exageración. Quien hojee la literatura romanística alemana desde 1900 hasta el comienzo de la primera guerra mundial, tendrá seguramente la impresión de que para los romanistas alemanes, resulta mucho más importante conocer los detalles de las leyes fisca-

les de Ptolomeo Filadelfo o la organización judicial de Egipto en tiempos de Ptolomeo Evergetas, que penetrar a fondo y desenvolverse con holgura y facilidad en el ámbito del corpus iuris. Pero a decir verdad, esta tendencia tuvo escasa duración. Las palabras irónicas de Riccobono (Archivio giur. 110, 4), según las cuales los estudiantes alemanes "sono ammaestrati solo nella conoscenza delle fonti periplologiche e nei diritti orientali, mentre il corpus iuris resta lettera morta", apenas si tiene justificación a partir de 1933.

La dirección neohumanística que se produce en Alemania tuvo por la posición preeminente conquistada por este país en los estudios romanísticos, gracias a la escuela histórica, una eficacia que trascendió a otras naciones. En Italia la nueva dirección coincide y guarda indudable paralelismo con el despertar del sentimiento nacional a partir de la unificación política, sentimiento nacional que desde los tiempos de Arnaldo de Brescia y de Cola di Rienzo, entronca con el glorioso pasado de Roma, y que con el fascismo italiano se concreta en la idea de que la Italia fascista como sucesora que es de Roma tiene la misión de crear un imperio mediterráneo. Sin embargo, en la misma Italia se advierte una cierta oposición al historicismo de la nueva tendencia. En hombres como Vittorio Scialoja, abogado, profesor y estadista, y Salvador Riccobono, reputados como los mejores juristas de Italia, está todavía muy arraigada la opinión de que el Derecho romano no es mero objeto de conocimiento histórico, sino que cumple también la misión de facilitar la comprensión del Derecho moderno".

En el clima más arriba esbozado se producen las llamadas NUEVAS CODIFICACIONES que vienen a dar perfil al sistema continental o de Códigos frente al sistema anglonorteamericano del Common Law.

El maestro Ursicino Alvarez, en breves y precisas palabras, nos da la clave-



de las nuevas codificaciones (11): "El movimiento codificador entrañó un cambio sustancial en el papel que el Derecho romano había venido desempeñando en la vida jurídica de los países que codificaron su derecho; de ser un complejo de instituciones jurídicas directamente en vigor, que habían sido recibidas a través de cauces diversos, pasó a constituir un elemento integrador de los códigos legales redactados, en unión de otros diversos elementos (germánicos, canónicos, instituciones locales, etc.).

No se trata precisamente de que estas codificaciones acogieran con mayor o menor fidelidad las soluciones jurídicas romanas, sino de que todas ellas descansan en un terreno común de romanización operado por la vía de los jurisconsultos que hicieron posible la recepción del Derecho romano en cada uno de estos países. Con esta puntualización, los Códigos citados, al extender su influencia incluso a nuevos países, en los que nunca hubo tal recepción (como en América y Asia), expandieron con ello el campo de influencia del Derecho romano".

Las motivaciones políticas, junto con el proceso de unificación de los diversos Estados, el triunfo del iusnaturalismo racionalista, y posteriormente las ideas de la revolución francesa, jugaron un papel preponderante en el fenómeno codificador. Así estas influencias operando sobre la tradición jurídica se plasman en el Código general de los Estados prusianos (1794), en el Código civil francés (1804), en el austriaco (1811), en el alemán de 1896 (en vigor desde primero de enero de 1900) y en los suizos de 1881 y 1911. En Italia, de 1804 a 1811, se aplicó el Código de Napoleón, si bien después comenzaron a promulgarse códigos particulares para los diversos Estados, hasta 1866 en que se publica el Código civil unitario, y finalmente el de 1942 fué publicado bajo Mussolini.

En España, después del importante proyecto de 1851, se publica el definitivo de 1889.

Como antes apuntamos, las ideas de la revolución francesa, paradójicamente - difundidas por un Emperador, Napoleón, se alían con la tradición romanística en el nuevo código francés (1804), que pone fuera de juego el mos italicus, es decir, el Derecho romano de juristas con posibilidades de aplicación práctica. Sabido es que el llamado "sistema francés" —tal fué su influencia— inspiró los - códigos civiles de Italia, España, Holanda, Portugal, Bélgica, Rumanía, Egipto, - la Rusia imperial, los de Luisiana y Quebec (Estados Unidos) y —más o menos inmediatamente— los de casi toda la América latina.

Los intentos de planificación legislativa por medio de códigos —comenta Fernández Barreiro (12)— habían encontrado seria resistencia en Alemania debido — al carácter federativo y restaurador de la Confederación germánica, hasta la fundación del Imperio de Bismark, y aún en este Estado federativo a duras penas pudo ser impuesta por el liberalismo nacional. La codificación del Derecho civil - alemán no se logra, en efecto, hasta 1900, fecha de entrada en vigor del B.G.B., fruto de la labor de sistematización jurídica de los últimos períodos de la Ciencia Pandectística, y representativo del Estado unitario creado por Bismark con - el apoyo de la clase burguesa que, bajo la influencia francesa, había ido creando con anterioridad un propio Derecho de carácter unitario (Allgemeine Deutsche-Handelsgesetzbuch, de 1861), y había orientado hacia el espíritu francés las reformas de la administración de Justicia (Civilprozessordnung y Gerichtsverfassungsgesetz, de 1879).

Fruto de los trabajos de la comisión nombrada en 1874, entre cuyos miembros se contaba Windscheid, fué el primer proyecto de Código civil alemán hecho público en 1877, al que se hicieron severas críticas, siendo las más representativas las efectuadas por O. von Gierke (El proyecto de un código civil y el Derecho — alemán, 1888 - 1889) y Menger (El Derecho civil alemán y las clases populares —

desposeídas, 1891). En 1890 fué nombrada una segunda comisión, formada por un heterogéneo grupo de 22 miembros, que en 1895 publicó el segundo proyecto de Código civil alemán, en el que se procuraba dotar al Derecho civil de un mayor sentido social y se prestaba más atención al Derecho germánico; tras ligeras modificaciones, este proyecto fué aprobado y puesto en vigor el 1 de enero de 1900.

El ilusorio deseo, típico del positivismo legalista, de pretender la regulación completa de la realidad social, obligó a los redactores del B.G.B. a utilizar formulaciones abstractas y teóricas; su carácter excesivamente dogmático y técnico le dotaba de poca claridad y de difícil comprensión; su desconexión con la realidad social, que a fines de siglo estaba en plena crisis, hizo que quedara anticuado en la misma fecha de su entrada en vigor. En Alemania se recibió el B.G.B., por ello, con notable desinterés; en cambio tuvo un gran influjo en muchos países, pues, como trabajo de juristas, el Código civil era una obra maestra, y entonces la más moderna de la Ciencia jurídica europea. Así, en Europa y en todo el mundo, el Código civil alemán llegó a alcanzar un prestigio casi similar al francés, pues, al fin y al cabo, estaba tras él el prestigio adquirido — hasta entonces por la Ciencia Pandectística. De este modo, el Código civil alemán, juntamente con el Código civil suizo (1912), influyeron en las codificaciones de numerosos países que configuraron su legislación civil durante el presente siglo, y también en las de otros que habían seguido las líneas anteriormente trazadas por el Código civil francés, llegando a tener repercusiones en la propia Francia y en la misma Inglaterra. Una vez más, por tanto, el Derecho romano expande su influjo por el mundo entero, y lo hace, como en la época de la Recepción, mediante la actitud científica del mos italicus.

El influjo del Derecho romano llegó también a los sistemas jurídicos de los países que durante el presente siglo configuraron su organización política sobre

bases socialistas. Por lo que a Rusia se refiere, su antiguo Derecho estaba constituido por dos elementos fundamentales: 1º) las costumbres, puestas por escrito en el siglo XI, que modificadas y completadas en los siglos XII y XIII, recibieron el nombre genérico de Rouskaia Pravda (Derecho ruso); 2º) el Derecho bizantino, que tuvo una gran importancia en el Derecho ruso, debido al fuerte influjo cultural ejercido por la Iglesia rusa, regida por ese Derecho. El elemento bizantino refuerza considerablemente las primeras codificaciones del Derecho civil -- (1649) y canónico (1650), que se llevan a cabo en Rusia. La Recepción del Derecho romano experimenta un notable incremento también por otra vía: la política de occidentalización seguida por los zares después de Pedro el Grande, que plasma (1832) en la codificación del Derecho ruso, cuyo principal artífice fué el conde Speranski, que se inspiró ampliamente en el Código Napoleónico. Con posterioridad, y siempre dentro del proceso de occidentalización, Rusia recibió el influjo de la Ciencia Pandectística y de las corrientes culturales que en Europa constituyeron los presupuestos de la planificación jurídica nacional. A pesar de las transformaciones de la revolución bolchevique (1917), cuando se quiso elaborar un nuevo Derecho privado, fué imposible prescindir del peso de la tradición jurídica, cuya importancia se reconoce hoy en Rusia sin reservas. El Derecho que pretendió crear la ideología de aquella revolución no hizo sino expresar las nuevas concepciones con el lenguaje y la técnica jurídica del Derecho tradicional, al que fué incorporada la técnica e incluso el contenido de las codificaciones alemana y suiza. Un camino similar siguieron los países que progresivamente fueron incorporándose a la ideología socialista; se comprueba aquí, de nuevo, la escasa permeabilidad del Derecho privado a las transformaciones políticas, lección que se deriva también del estudio de las instituciones romanas bajo los distintos regímenes políticos que en Roma se sucedieron.

Concretando, hay que anotar que el Código suizo influyó en el de Turquía y -

menos directamente en algún otro. En cuanto al Código civil alemán influyó en — las codificaciones de Hungría, Japón, Grecia y Brasil, preferentemente.

Todavía (13) hay países en los que el Derecho romano, a través de las elaboraciones de los juriscultores boloñeses, tiene vigencia directa en la actualidad; así acontece en las antiguas colonias holandesas (luego británicas) de Ceilán, en Asia, la Unión Sudafricana, y la Guayana en América del Sur (es el llamado "derecho romano-holandés"). También en Escocia, que no fué nunca provincia romana, se produjo en el siglo XV una recepción del Derecho romano por influjo de la escuela de Bolonia, que fué aplicado en la Court of Session, creada en el siglo XVI como Derecho vigente y sigue aplicándose por los tribunales como Derecho "romano-escocés", aún después de su unión con Inglaterra, por el Acta de 1707.

Por lo que a España se refiere —puntualiza Xavier D'Ors (14)—, es interesante hacer constar lo que ha ocurrido en estos últimos años respecto a la vigencia que el Derecho romano tenía en Cataluña y en Navarra. Las nuevas Compilaciones del Derecho Foral de estas dos regiones, en 1960 y 1973 respectivamente, no han podido menos de influir en esta supervivencia del Derecho romano vigente, pero con desigual suerte. En Cataluña, aunque el Proyecto reservaba al Derecho romano un lugar como derecho supletorio, en el último momento, la Comisión de Códigos (de Madrid) alteró esta disposición reduciendo el valor del Derecho romano a un criterio interpretativo y no normativo. En Navarra, en cambio, quizá por el régimen legislativo especial de esa región, no se suprimió la vigencia del Derecho romano, sino que se mantuvo como derecho supletorio para completar las leyes de la Compilación relativas a las instituciones recibidas del Derecho romano.

N o t a s

- (1) A. Fernández Barralino, "Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho Romano", Santiago de Compostela 1976, 92 - 93.
- (2) P. Koschaker, Europa y el Derecho Romano, 417 ss.
- (3) Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, XI, 1927.
- (4) Para los juristas clásicos el Derecho civil y el pretorio constituían dos distintas esferas jurídicas con fuentes propias.
- (5) Para orientación hay que indicar la obra de Mitteis-Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyrskunde, I, 1-2, II, 1-2 (1912), cuya parte jurídica elaborada por Mitteis, sigue siendo fundamental, a pesar de los innegables progresos realizados en esta ciencia.
- (6) La opinión de Mitteis fué la de que el Derecho patrio se afirmó de hecho frente al Derecho romano imperial formalmente vigente, mientras que la opinión sostenida más tarde, apoyada en la investigación estima como - muy probable que también de derecho, después de la concesión de ciudadanía a todos los súbditos del imperio por la constitutio Antoniniana, se permitiese al Derecho local una amplia aplicación.
- (7) Es significativo que en Leipzig no explicara historia del Derecho romano y que la materia preferida por él fuesen los cursos de Pandectas.
- (8) En su obra Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium - aparecida cuatro años antes de su muerte.
- (9) Desarrollado en un discurso de ingreso en una academia de Viena, titulado Römische und antike Rechtsgeschichte (1905).
- (10) Los papiros egipcios proporcionan un valioso material para el estudio de una serie de temas de carácter histórico-jurídico concerniente a la historia del Derecho egipcio —la cual para los juristas resulta bastante lejana—, al Derecho griego y romano y al islamítico. Todo ello es de gran importancia para un estudio histórico de Derecho comparado.

- (11) U. Alvarez Suárez, Instituciones de Derecho Romano, I, 130=
- (12) A. Fernández Barreiro, obra cit. 94 ss.
- (13) U. Alvarez, obra, cit. 131.
- (14) Xavier D'Ors, "Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano", Santiago de Compostela, 1979, 26-27.

EL DERECHO ROMANO HOY Y MAÑANA



## CAPITULO XIX

### EL SIGLO XX Y EL DERECHO ROMANO

El siglo XX con su descomunal avance técnico pone en crisis el mundo y las conquistas morales y espirituales que nos han alentado hasta llegar al proceso de incertidumbre y desarraigo en que nos encontramos.

Lo que hay que preguntarse es si se trata de una crisis de valores o solo de un eclipse de los mismos. Se condena el dogmatismo y se exalta el sentido crítico triturador.

No se repara que todo hombre alza su personalidad sobre una creencia. Por eso la creencia sincera es el mejor desalienante que se conoce, aunque muchos lo ignoren.

Por otra parte la crítica que impera, no es la crítica filosófica que "da razón de..." sino la crítica existencial que se limita al nivel técnico y al nivel material de la vida. Esta orfandad de valores no puede prevalecer. Tengamos en cuenta, sin embargo, que los eclipses en la Historia pueden durar un siglo.

En la primera mitad de nuestra centuria, dos guerras mundiales acaban con el viejo orden decimonónico de colonias, reemplazado por el sistema de grandes bloques, que se disputan las influencias, en una guerra fría, dependiente de los avances de sus industrias bélicas cada vez más potenciadas y contundentes. Y a pesar de los pactos que tratan de institucionalizar la conciliación (Sociedad de Naciones, Naciones Unidas y otros de ámbito regional) y de retóricas pro

clamaciones más o menos interesadas, aún sigue vigente el "si vis pacem para -- bellum".

En la segunda mitad de nuestro siglo la guerra fría se hace terrorismo, las mafias, los servicios secretos y las multinacionales minan la noble autoridad - de los Estados y ello crea serios problemas y dificultades al llamado mal o --- bien ---lo veremos en otro capítulo---Estado de Derecho. Se vive al día, sin filo sofía, sin dar razón de las cosas.

En medio de esta compleja y gigantesca ola, el profesor Hernández Gil ha venido a decir que la Historia se hace sola (1). Objetando esta frase se podrían escribir bibliotecas enteras. La Historia se hace con indiscutibles influencias humanas, y a veces, con golpes de timón clarísimos, que dicta la razón y la intuición del hombre. El "laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même", puede ser, en ocasiones muy contadas, una catarsis saludable, pero no el eje de la Historia, porque si así fuera no podríamos hablar de Historia humana, sino - de historia natural.

Finalmente en este "trailer" de nuestro siglo no pueden quedar silenciados dos importantes tendencias que van abriendo caminos a su paso: la cultura como vehículo de acercamiento entre los pueblos y los esfuerzos sobrehumanos de los últimos Papas en pro de la Paz mundial, culminando estos esfuerzos en la excepcional popularidad de Juan Pablo II, que ha convertido la Cátedra de Pedro en - Cátedra itinerante.

En cuanto a las corrientes ideológicas de la actual centuria hay que connotar los totalitarismos imperialistas, ruso, alemán e italiano, inspirados respectivamente en el materialismo histórico, el racismo y el cesarismo. De otra - parte, el capitalismo demoliberal protagonizado por Norteamérica, que se repar-

tirá con Rusia los restos del naufragio europeo a la terminación de la segunda guerra mundial.

Pero los códigos y sobre todo los códigos de Derecho privado tienen por — fortuna y por naturaleza un paso más cauteloso que las armas, y son, en cierto modo, como el sándalo, que perfuma el hacha que le hiere. Veamos, pues, los em bates que ha sufrido la tradición romanística en nuestro siglo y ello nos dará en parte la medida de su fuerza. A este respecto, puede afirmarse que la evolu ci ón del Derecho romano se ve condicionada por razones o "sinrazones" que no — son propiamente jurídicas y que dificultan la toma de una postura objetiva en su planteamiento y en su resolución.

Alemania, poderoso asiento de la Filosofía moderna — pensemos en la trayec t oria que va de Kant a Heidegger— y del Derecho romano recibido y sistematiza d o —Savigny, Ihering—, se ve sometida en la década de los treinta a una pre— sión ideológica que tiene su antecedente, si no filosófico, si filosofante, en el "Discurso a la Nación Alemana" de Fichte.

El profesor Alvarez Suárez con lúcida objetividad desentraña este proceso— (2).

"Cuando un problema de tipo estrictamente científico se ve afectado por re— percusiones políticas, antes o después, se produce confusión tanto en su inter— pretación como en su planteamiento y en las soluciones que se le apliquen. Tal ha sucedido con el de la crisis del Derecho romano . Puntualicemos, pues.

El Nacionalsocialismo alemán, en su reacción frente al materialismo histó— rico y en su exaltación de los valores raciales (en cuerpo y espíritu) que — constituyen su esencia, inició una pausada labor en la que, sin apremios, pero

con constante perseverancia, los pensadores germánicos precisaron los términos de las cuestiones fundamentales que habría de abordar y resolver el nuevo Estado. Se dedicó atención al estudio de las razas, primordialmente de la aria, — analizando las aportaciones culturales que se le deben, destacando las figuras más preeminentes de sus hombres y señalando la dañosa labor que en la Historia universal ha realizado, en cambio, a su juicio, la raza judía (3). Se enlazó — este problema con el del Derecho y se buscó el entronque raza-Derecho-pueblo, — que no solo había de determinar su actividad legislativa, sino que había de encontrar expresión en el campo teórico de la Filosofía del Derecho (4). Consecuencia lógica y natural de estas premisas fué la reivindicación del puro Derecho germánico y la apelación lanzada en pro de un regreso hacia la ordenación jurídica en él basada, atemperándola, sin embargo, a las exigencias de los nuevos tiempos y a los demás principios inspiradores del Estado Nacional-socialista. En su virtud el lema de la absoluta subordinación de los intereses particulares a los intereses supremos del Estado, con su necesaria consecuencia de extirpar los gérmenes perturbadores del liberalismo, transformó las bases del Derecho público y privado, con natural y profunda repercusión en el contenido y ordenación de esta último (5). La huella que ha impreso, en efecto, en la clásica entraña del Derecho privado es profunda, trascendental, y amenaza con disolver lo que antes constituía su propia esencia; el Derecho de las personas y el de la familia salen de la esfera del Derecho civil para pasar al campo del Derecho público, ya que ésta es la base fundamental de la sociedad y del Estado, y aquellas son el soporte de la ciudadanía; el Derecho de sucesiones, como emanación de la familia, sigue el mismo rumbo; el Derecho relativo a las cosas se halla dominado por el principio del interés público, y el tradicional sentido de la propiedad, que había espontáneamente evolucionado a compás de las — transformaciones económicas, debe acomodarse también a estas exigencias de orden nacional y político; aún en el campo de la contretación, el clásico princi-

pio de la autonomía privada experimenta, por obra de la necesaria subordinación del individuo al Estado, las máximas limitaciones. Lo poco que después de todo esto queda del Derecho civil, llevando al extremo la tendencia renovadora, no recibe tampoco este nombre: se propone para él el nombre de *Gemeinrecht* (6), — *Gemeinschaftrecht*, *Volksbürgerlicherecht*, etc., y en los planes universitarios no figura siquiera una disciplina concreta a él relativa.

¿Cómo repercute este movimiento jurídico renovador en el campo de la Historia del Derecho? Desde luego, es fácil comprender el papel trascendental que — esta disciplina puede desempeñar en la renovación jurídica alemana. Forma parte en efecto, de las disciplinas que permiten desentrañar los elementos extranjeros que han influido en la evolución histórica del pueblo germánico, y bastaría esto solo para comprender la función que en la renovación jurídica se le asigna. Varios trabajos de Von Schwerin estudian tal función en este y otros interesantes aspectos (7). A ello obedece el que en el plan de estudios universitarios de 18 de enero de 1935, figure una nueva disciplina, con el nombre de "Historia del Derecho privado de la Edad Moderna" (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*), que ya había sido prevista con anterioridad, y sobre cuyo contenido exacto no se está de acuerdo (8). En la primera obra publicada a tal respecto, de — Adolfo Zycha (siguiendo la pauta de Eichhorn), se estudia: A) La época del Imperio hasta 1806, la estructuración social; Emperador e Imperio.— Países (*Länder*) y ciudades. La recepción de Derechos extranjeros. El Derecho penal y el procedimiento judicial.— Fuentes jurídicas, bibliografía y enseñanza; B) El nuevo Derecho del siglo XIX. La Liga alemana y la reconstrucción del Imperio. Los influjos del liberalismo político en los Estados particulares. Las reformas del liberalismo económico.— El progreso hacia la unidad jurídica (9) <sup>41</sup>.

Veamos ahora la posición del Nacionalsocialismo alemán respecto del Derecho romano.

"El Nacional-socialismo —escribe Koschaker, cuyo testimonio implica un conocimiento inmanente al ser este autor alemán (10)— ha concedido al Derecho romano — más importancia y atención de la que merece por su significación actual, al ocuparse de él en el programa del partido de 24 de febrero de 1920 y establecer en — el punto 19: "Exigimos que el Derecho romano, que responde a una concepción materialista del mundo, sea sustituido por un Derecho común alemán" (11).

Esta formulación se halla muy lejos de ser clara. Sin embargo, su sentido es bastante transparente. Puesto que se enfrenta con el Derecho Romano un Derecho común alemán a cuya creación se aspira, es evidente que este último debe hallarse libre de los defectos que al Derecho romano se atribuyen. En los puntos 10-18 se proclama una serie de postulados de contenido socialista y a ellos se añade el — punto 19; éste exige la creación de un Derecho privado alemán imbuido de socialismo, lo cual para un partido que se titula oficialmente socialista resulta perfectamente congruente y lógico (12). Si el redactor del punto 19 pensó que para el — restablecimiento de la edad dorada del Derecho común alemán era precisa la eliminación radical del Derecho romano, debe tenerse en cuenta que este Derecho, por — lo que respecta a Alemania, había perdido su vigencia hacía veinte años, y en muchas regiones de la Gran Alemania había sido totalmente abolido, por lo que mal — podía hacerse la sustitución de un Derecho que era en realidad inexistente. Si — pensó, en cambio, al redactar este punto, en el sentido materialista del Derecho romano que inspiraba el Código civil alemán y las antiguas codificaciones alemanas es dudosa la exactitud de esta apreciación —tal pensamiento no aparece claramente manifestado (13). De lo dicho resulta, pues, que el punto 19 del programa del Partido es un verdadero jeroglífico, el cual solo podrá ser resuelto si en — los archivos del partido hay documentos que refiriéndose a las discusiones y deliberaciones sobre este punto del programa aclaren su oscura motivación y su dudoso sentido.

Por otra parte, la redacción del mencionado punto 19 es indudablemente poco feliz. Un programa de partido si realmente quiere conseguir adeptos debe ser popular y el punto 19 no lo es. A este respecto creo oportuno referirme a mi personal experiencia. Yo estudié latín en el gimnasio durante ocho años y llegué a conocer bien la Historia de Roma. En cambio del Derecho romano y de su importancia no tuve entonces la menor idea. Veinte años más tarde, cuando el estudio del Derecho romano había menguado mucho, incluso entre los juristas, el programa de Partido sentaba la presunción de que todos los ciudadanos conocían el Derecho de Roma. He tenido ocasión de escuchar en el campo más de una vez, a los llamados oradores de distrito; eran éstos los "predicadores", tenían a su cargo la interpretación y aclaración del programa del partido. Por regla general no se ocupaban en sus peroratas del punto 19, y cuando se referían a él, el orador daba la impresión de que no tenía la más remota noción de lo que trataba, ni, por tanto, estaba en situación de ilustrar a su auditorio. Frecuentemente mencionaban el Derecho romano como enemigo del labrador, con lo que los oyentes propendían a confundir el Derecho romano con un pedrisco o una epizootia. Tememos, pues, que el famoso punto 19 contase con muy pocos partidarios, salvo que se hiciesen figurar entre estos a los estudiantes, que en los exámenes de Derecho romano hubieran recibido una censura desfavorable, caso éste, en verdad, poco frecuente en Alemania el año 1920, y no porque en general, los alumnos, estuvieran bien preparados en esta disciplina, sino porque en los exámenes no solía atribuir importancia alguna a los conocimientos romanísticos. El punto 19 pugna, además, con el principio: lex imperat, non disputat. Un programa de partido que contenga reformas, va dirigido a los hombres que actúan, y en este sentido el punto 19, si lo entendemos rectamente, obliga a los miembros del partido a propugnar un Derecho privado de tendencia socialista.

Sobre la cuestión de si el Derecho romano representa una ordenación materia-

lista, diremos que es un problema que no puede resolverse autoritariamente y si solo mediante la investigación. Por otra parte, respecto a esta cuestión hay diversidad de opiniones, como lo prueba la actitud del pueblo italiano, amigo y -aliado de Alemania antagónicamente opuesto a la posición de este país en orden al problema que nos ocupa. Si en Alemania se llega a tener un Derecho privado -de carácter socialista, no tendrá interés alguno dilucidar si el Derecho anterior no tuvo este carácter, por influjo del Derecho romano o por otra causa -cualquiera.

Todas estas circunstancias impidieron que el punto 19 llegase a ser una realidad. Para serlo, hubiera sido preciso prohibir la enseñanza del Derecho romano, ordenar que en las conferencias se expusiese y razonase el carácter materia lista de éste y castigar a los profesores que no escatasen lo mandado. No puede pensarse que el Nacional-socialismo sintiese escrúpulos por implantar estas medidas. Pero es lo cierto que ningún romanista experimentó perjuicio alguno por causa de la ciencia que profesaba, aún cuando se dedicase a entonar panegíricos en loor de esta. De tal actitud no puede colegirse una posición liberal del nacionismo en orden a la ciencia romanística. Hubiera sido absurdo recurrir al empleo de grandes medios combativos cuando con los modestos se podía obtener el mismo resultado.

Estos modestos medios fueron los cursos y los exámenes. La ordenación de estudios jurídicos del año 1935 permite una clase de cuatro o cinco horas semanales de Derecho romano o de Historia de los Derechos antiguos (14), a elección del docente, si bien se da a entender que esta última materia debe ser la preferida. No hay motivo alguno para suponer que el autor o autores de esta ordenación de los estudios jurídicos siguiesen la orientación dada por Wenger a esta disciplina (15) y por ello debe ser otra la razón de la predilección. Y en ver-



dad que es fácil hallar esta. La historia de los Derechos de la antigüedad, no contiene la denominación "Derecho romano" anatematizada por el programa del partido y por este motivo pareció que aquel título era natural y no estaba en pugna con tal programa; sobrevino entonces el estupendo milagro, a saber, que casi todos los romanistas alemanes, aunque sólo una pequeña parte de ellos sabía algo de Historia de los Derechos de la antigüedad, quasi per inspirationem, llegaron al convencimiento de que el Derecho romano, solamente podía ser enseñado en el marco amplísimo de la Historia de los Derechos antiguos. Decisivas a este respecto son las ordenaciones relativas a la organización de la justicia de 22 de julio de 1934, las cuales, siguiendo el modelo prusiano, confían en lo esencial a los prácticos el primer examen de Estado con que terminaban los estudios jurídicos universitarios. Teniendo esto en cuenta, así como el carácter marcadamente histórico de los cursos, se explica por que, las ordenaciones de la organización de la justicia, en oposición a aquella, que regulaban el plan de estudios y que otorgaban notoria preferencia a los cursos germanísticos sobre los romanísticos, midan ambas materias con el mismo rasero, ya que en el 20/VII de la redacción de 4 de enero de 1939 se confía al Presidente del Tribunal, el cuidado de que en el examen oral "sea materia preferente el Derecho positivo". El Derecho romano — como materia de examen ha desaparecido (16). Ciertamente que a tenor de 5/II el candidato deberá acreditar conocimientos referentes a la historia de los pueblos que más eficazmente influyeron en el desarrollo cultural alemán, especialmente a la de los griegos y romanos. Es curioso que ni siquiera en este pasaje se atrevieran a mencionar el Derecho romano, y cabe pensar que se llegase a exigir del candidato conocimientos concernientes a las aventuras de Julia, la hermosa hija de Augusto, o de Mesalina, y en cambio se les dispensase de saber fijar la posición, por ejemplo, que ocupa la bona fides en el Derecho romano. Prácticamente en el examen, apenas si se formulan preguntas de Derecho romano y queda decirse que en la actualidad ignorantia iuris romani non nocet, y aún cuando el —

candidato crea que el Derecho romano es una marca de cigarrillos, ello no será - obstáculo si en las demás materias de pruebas de poseer notables conocimientos a que obtenga una calificación incluso brillante. Los mismos examinadores no conocen el Derecho romano, por lo general. Este Derecho ocupa una posición modesta - en los exámenes de Doctorado en Alemania, constituyendo según la reglamentación propia de éstos, una materia facultativa la cual es elegida raras veces (17).

En relación con la áspera condena de que el Derecho romano es objeto en el - programa del partido, hay que decir que las medidas que se dictan contra el estudio de este Derecho se contienen dentro de límites modestos: reducción de los - cursos sobre la materia a la mitad de tiempo aproximadamente que antes solían tener y supresión del examen».

Es evidente que el Derecho romano y la filosofía alemana sufren una profunda depresión con el advenimiento del Nacional-socialismo —recuérdense las discutidas posiciones del propio Heidegger.

La revolución Rusa de 1917 trae también malos vientos para el Derecho romano, que no remitirán hasta pasados unos años de esta copernicana experiencia de organización social, en hora de revisiones más frías, pasados los impulsos del emba-te revolucionario.

En la Italia fascista, inspirada, como antes indicamos, por la arquitectura-política cesarista, el Derecho romano experimenta un resurgimiento, al que no es ajeno el apoyo que presta el Vaticano a su estudio.

Pero además, es un síntoma la continuidad de cultivo del Derecho romano en - Inglaterra con nombres como De Zulueta; en Francia, que, aún después de la muerte de Collinet, Fliniaux, Cug y Appleton, cuenta con representantes como Monier; en los Estados Unidos, con la creación del Seminario Riccobono; la existencia de

clases de Derecho romano en ciudades como El Cairo, Estambul, Ankara, así como en el Japón. Su cultivo en Checoslovaquia (Bohacek, Hrozny, Hüttl, Jivi, etc), - Grecia (aún después de la muerte de Pappulias), con Maridakis, Pantazopoulos, - Petropoulos, Simonetos, Triantaphyllopoulos, Vallendas, Zepos, Balis, Bizouki-- des, etc), Holanda (Peremans, Scholtes, Sjögren, Wilins, Jonkers, etc), Japón - (Muto, Harada, Haruki, Okada, etc), Turquía (Honig, Talip), Polonia (Taubenschlag, Korosec, Lapicki, Markowski, etc), Rumanía (Georgescu, Stoicescu, Supulher etc), Yugoslavia (Howat), etc., e incluso investigadores del sexo femenino --- (Bozza, Bolea, Lepri, Rage-Brocard, Peterlongo) permitió esperar en este momento que la crisis no fueran tan inminente ni el mal tan grave. En la propia Alemania aún fallecidos romanistas como Lenel, Wlassak, Stoll y Stutz siguen cultivando el Derecho romano figuras como Wenger, Wieacker, Koschaker, Beseler, Silber, Lange, Kreller, Kaser, Felgentraeger, Lüttow, Seidl, etc. y el austriaco-Schönbauer.

Este cuadro de cultivadores del Derecho romano espumado y argüido por Alvarez Suárez (18) en la década de los cuarenta nos muestra el estado de la cuestión tras los ataques sufridos por la tradición romanística en Rusia y Alemania. Arrastrando las modas políticas, el Derecho romano ---ervatura del Derecho europeo--- sigue su curso, eso sí, con un paso más crítico y aprensivo.

La segunda mitad de nuestro siglo signada por las conquistas espaciales y - caracterizada por una notable ausencia de imaginación política trae otros planteamientos que ponen en tela de juicio no ya el Derecho de Roma sino el Derecho mismo.

Acaso la remoción de las tierras romanísticas sea propicia para albergar --- las semillas de un nuevo Derecho. Roma fué de la urbe al orbe, nosotros tenemos que ir desde las naciones al orden mundial y espacial. Pongamos razón y magin -

en descubrir este paralelismo, porque en él está todo el valor actual del Derecho romano.

De Roma a las estrellas, sin saltos, estudiando, contrastando comparativamente y usando la imaginación creadora.

N o t a s

- (1) A. Hernández Gil - Declaraciones a la Prensa, agosto de 1981.
- (2) U. Alvarez Suárez, Horizonte actual del Derecho Romano, 99 ss.
- (3) Véase Ludwig Landsberg: Ideología racista y ciencia de las razas. Rev. de Occid., 1934, abril, 52. v. Bonfante: Histoire, I, 31. En defensa - de la raza judía.
- (4) Warner: Rosse und Recht. Berlin, 1932 (rec. J. W., 1933, 31 c., 1709, por Nicolai). Nicolai (Helmut): Die rassengesetzliche Rechtslehre. - Grundzüge einer nationalsozialistische Rechtsphilosophie. München, 1932. Treves (Renato): La Filosofia di Hegel e le nuove concezioni tedesche - del Diritto e dello Stato. Messina, Principato, 1935.
- (5) Stoll: Die nationale Revolution und das bürgerliches Recht (D.J.Z., 1933, 1229). Lange: Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht (cuaderno 102 de la colección Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Tübingen, 1933).
- (6) La designación ha cuajado ya en la obra de Freisler; Wenzel, Graf von; Hedemann (J.W.): Deutsches Gemeinrecht im Werden. Berlin; v. Decker, - 1940.
- (7) Von Schwerin (C.): Rechtsgeschichte und Rechtserneuerung, en Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts, 1938, 37 -50.
- (8) Thieme: Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, en Deutschen Juristenzeitung, 1935, 339. Koschaker, Krise.
- (9) Zycha (Adolf) Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit. Weimar: Böhlau, 1937.
- (10) P. Koschaker, Europa y el Derecho Romano, 441, ss.
- (11) Vid. suplementos ob. cit., 509.
- (12) De conformidad con lo dicho, la legislación nacional-socialista mostró en sus primeros años un verdadero horror a la expresión "Derecho civil".

- (13) Koschaker mantuvo esta actitud crítica en una memoria presentada en 1941 en el Ministerio para las Ciencias, Educación y Formación popular, referente al Derecho romano.
- (14) En la ordenación de Estudios de 1944 desapareció este derecho de — elección y se reconoce solamente la conferencia de tres horas sobre historia del Estado y de los Derechos de la antigüedad. Esta ordenación apenas si se mantuvo en vigor en parte alguna.
- (15) Vid. supra, 425.
- (16) Debo advertir que lo dicho en el texto, mutatis mutandis, se aplica también a la historia del Derecho alemán.
- (17) Según la experiencia de Koschaker en una gran Universidad alemana — eran alumnos extranjeros en su mayoría quienes optaban por el examen de Doctorado de Derecho romano.
- (18) U. Alvarez Suárez, Horizonte actual del Derecho Romano, 114 ss.

## CAPITULO XX

### EL HUMANISMO Y EL DERECHO ROMANO EN CRISIS

Del Derecho romano y su singular protagonismo histórico venimos ocupándonos a lo largo de esta tesis; por ello vamos a dedicar una connotación, fruto del estudio y el análisis, sobre el Humanismo, antes de abordar la crisis de ambos.

Genéricamente el Derecho romano también es humanismo, es el Derecho para — hombres libres, para ciudadanos, y en tanto en cuanto el hombre no se gregarice, no dimita de su civilidad, tendrá que ver con él, esta es la energía, fontanal- e inagotable, de su perennidad referencial.

Más concretamente se podría afirmar que el humanismo renacentista historifi- có el Derecho romano menospreciando injustamente la hermeneútica desarrollista- de glosadores y postglosadores.

Valga como ejemplo de fecundidad y eslabón hacia adelante la glosa atribuf- da a Acursio, que toma pie en el comentario de una constitución de los emperado- res Gregiano, Valentiniano y Teodosio, 1<sup>a</sup> del Código: "Quod si Bononiensis Muti- nae conveniatur non debet iudicari secundum statuta Mutinae quibus non subest, - cum dicat: quos nostrae clementia regit imperium". En ella aletea el moderno De- recho internacional privado.

Acaso en aquel momento el mos italicus (1) o "derecho de juristas" el mos - gallicus o "derecho de profesores" no se pudieron entender con perjuicio para - la tradición romanística.

Entiendo que ello no es un incidente histórico sin resonancia en la palpitante actualidad jurídica.

No hay que tener miedo a los conceptos por su repulsa o aceptación momentáneas, cuando se asume un tema con honestidad — lo que no excluye el error— hay que — huir de eso que se llama "hacer el día".

El mos italicus suponía un dogmatismo jurídico evolutivo que operaba sobre la realidad práctica; el mos galicus fue la novedad hipercrítica del que ve el circo desde la grada y no baja a la arena.

¿Quéhabría sucedido sin estas polarizaciones? Renunciamos a "futuribles" de Derecho-ficción. El mos italicus desembocó en los códigos modernos y aún presiona nuestra realidad jurídica. El mos galicus llenó de polvo histórico el Derecho romano y aún estuvo a punto de triturarle con la "crítica de interpolaciones".

La tensión entre las posiciones dogmáticas y las posiciones críticas es el Derecho mismo. Pero conviene no olvidar que el relativismo a ultranza es antijurídico, porque el Derecho siempre se apoya, de alguna manera, en una creencia.

Adscrito el Derecho romano en las Humanidades y en el Humanismo, detengamonos en la consideración y el esclarecimiento de estos dos vocablos de tan importante contenido.

Suele ser muy instructiva la historia de las vicisitudes por las cuales ha ido pasando el significado de ciertas palabras. Cuando se nota que el sentido primitivo de una voz persiste en el fondo de todas sus acepciones sucesivas, y que esas acepciones descubren sentidos cada vez más amplios; señal es de que el concepto encerrado en la etimología de la palabra es de mucho interés y, juntamente, de riquísimo contenido ideológico.



Una de las palabras que por la persistencia de su significado y por su misteriosa evolución semántica atrae más vivamente la curiosidad de un observador inteligente es la palabra "Humanidades". Voz de antiguo y noble abolengo, algún concepto debe de encerrar de vital importancia y de fecundas derivaciones, cuando por tantos siglos ha circulado en todos los países cultos, y hoy mismo ve debatirse en torno suyo problemas que requieren decisiones gubernamentales. Pero el contenido de esa voz no es cosa tan fácil de abarcar y definir: al analizarlo se corre el peligro de perderse en interpretaciones equívocas e inexactas, si antes no se somete a un concienzudo examen la historia de sus acepciones sucesivas. Tratemos de indagarlas para deducir de ellas el sentido actual, y de fijar ese racón dito sentido cuya sutil esencia se escapa al análisis.

El vocablo humanitas no aparece en la lengua latina hasta el fin de las guerras Púnicas (a mediados del siglo II a. C); pero a partir de esta fecha estuvo muy en boga entre los escritores romanos (2). Cicerón, sobre todo, la usa mucho y hasta con cierta visible complacencia; sus obras nos facilitan suficientes ejemplos de las varias acepciones en que se solía tomar. Como derivada de humanus, valía tanto originariamente como índole o condición de hombre; y en particular denotaba aquella ingénita inclinación de simpatía que el hombre siente hacia sus semejantes por ser todos, como él, partícipes de la misma naturaleza humana — "Grande es la fuerza del instinto de humanidad" — dice el citado autor romano hablando de la repugnancia que el hombre experimenta hacia algunos crímenes totalmente inhumanos (3). De ahí pasó a significar aquella virtud moral que nos inclina a tratar con benignidad y mansedumbre a los demás, y a compadecernos de sus trabajos y a interesarnos por su bienestar (4). Célebre es el verso de Terencio en que la antigüedad dejó esculpido su criterio acerca de lo que hoy se llama filantropía o altruismo: "Hombre soy, nada de cuanto al hombre diga relación lo miro como ajeno a mi interés" (5). Más amplio es aún el sentido de humanitas: abarca todas esas dotes de sociabilidad que ganan la simpatía de las gentes.

Ahora bien una de las cosas que más ayudan en el camino de la tolerancia y la comprensión es el estudio de las ciencias y las letras, que tiende a perfeccionar y enriquecer las mismas facultades humanas. Por esta causa se extendió con fundamento el sentido de la voz humanitas a denotar todo el conjunto de disciplinas — científicas, históricas, artísticas y literarias propias de los espíritus selectos.

Aunque bajo el nombre de estudios de Humanidad se comprendían en Roma, no solamente los que ahora llamamos estudios de Letras, sino en general todos los especulativos: Astronomía, Matemáticas, Jurisprudencia, Historia, Bellas Artes, con todo, de varios textos se deduce que se designaban más en particular con aquel — nombre los estudios que mayormente influían en el desarrollo integral del espíritu, en el conocimiento del hombre y de sus hechos, y en la formación del estilo. Así los de oratoria y poesía, y los de historia (6). Estos estudios quitaban al hombre la rudeza con la erudición (e - rudire), le pulfan y aguzaban su ingenio — (litterae politiones), le adornaban con una educación digna de un hombre libre y distinguido (litterae liberales, ingenuae, optima), le despertaban el sentimiento de la belleza y del arte (litterae pulchiores), los que, finalmente, le humanizaban mediante la convivencia con los escritos de aquellos grandes autores que mejor han sentido y retratado al hombre. Por esto se llamaron a los tales estudios Litterae humaniores (7).

Consignemos a este respecto las palabras del clásico: "Estos estudios son el — alimento de la juventud y el recreo de la ancianidad: sirven de ornato en la prospera fortuna y de consolador retiro en la desgracia, nos retienen con su halago — dentro de las paredes domésticas y no nos estorban fuera, con estos libros esperamos el sueño de noche, nos acompañan en nuestros viajes y nos los llevamos al campo" (8).

Sobre los demás sentidos del vocablo humanitas prevaleció en el uso de las personas doctas el de educación o instrucción, que era por cierto el genuino y el que mejor respondía al término griego *paideia*, según el testimonio de Aulo Gelio (9).

Demos un paso más. Nadie ignora que la cultura latina fué hija de la cultura griega. Después de la destrucción de Cartago se empezó a infiltrar en Roma el helenismo, aunque muy lentamente. La nativa rudeza de los latinos no se dejaba penetrar tan aprisa por la corriente del gusto helénico (10). Más a la larga no se pudo sustraer el ingenio de los más cultos escritores romanos al encanto de aquel arte maravilloso. Roma empezó por admirar las Bellas Artes de Grecia, y luego quedó extasiada al conocer de cerca las obras literarias de aquel pueblo de artistas. Desde entonces fueron pedagogos griegos los que educaron a la juventud romana, y autores asimismo griegos los que esa juventud leía en las escuelas para la formación de su estilo y de su gusto. Ni aún Cicerón, con todo su patriotismo, pudo resistirse a la evidencia de que el pueblo romano debía a la literatura griega su educación y su cultura; y hasta cuando se queja del menosprecio con que sus contemporáneos miraban a los escritores nacionales, da sin querer el testimonio más claro del mérito superior con que los autores griegos se habían impuesto a los dominadores del mundo. Saquemos de aquí una consecuencia que dará más luz a toda esta cuestión. Si la literatura griega formaba el núcleo principal de los estudios de Letras humanas en Roma, como lo testifica Quintiliano (11), y el fruto de humana cultura que de esos estudios se reportaba era lo que se conocía con el nombre de humanitas; síguese de ahí que las dotes envidiables con que esta cualidad adornaba el espíritu de un joven eran, cabalmente, las que comunicaba como algo muy peculiar suyo el helenismo: luego aquella cultura tan valiosa era la que estaba impregnada de la fragancia artística en que el arte griego envolvía todo lo que tocaba. Esta fué, y no otra, la humanitas que recomendaron con tan comunicativo calor los más cultos entre los hijos de Lacio; y

esa misma fué, por remate, la que habiéndoles educado literalmente a ellos — con el más puro aticismo, acabo por informar vitalmente la Literatura clásica latina, bañando de resplandor helénico las obras del genio nacional romano.

Como deducción legítima de todos estos hechos históricamente indubitables, establecemos la siguiente tesis acerca del sentido verdadero, preciso y completo — de la antigua Humanitas. La cultura humana que los clásicos latinos bebieron en la antigüedad griega, y de la que ellos mismos se llenaron, como participación — que era del espíritu humano y artístico de ambos pueblos, fue más que nada: a) — La capacidad para comprender y sentir con honda simpatía el complejo humano; b) — el desarrollo de las facultades más humanas del hombre mediante el contacto con las obras literarias que nos han dejado el más bello retrato del hombre en su — realidad idealizada; c) la aptitud para influir en ese mismo hombre por medio de la palabra, transmitida a los demás en un estilo perfecto. No sostendremos que — los antiguos se hubiesen formado un concepto tan reflejo y cabal de esa cultura; pero al propugnarla y conservarla con tan unánime conciencia de su eficacia educativa, daban testimonio, no por implícito menos elocuente, de la importancia decisiva que le atribuían en la formación de la juventud.

Idéntico testimonio fué dando toda la Edad Media al seguir concediendo el — principal lugar en los primeros estudios de la enseñanza a las Letras humanas o estudios de Humanidad; si bien se nota cada vez más la tendencia a establecer — una separación sistemática entre los que ya en Roma se llamaban, dentro del general concepto de cultura, estudios inferiores o más amenos — leviores o pulchriora studia — y los que se apellidaron después graviores disciplinae, enseñanzas superiores o más serias. Casiodoro distinguía en su tiempo entre las Letras humanas y las letras divinas, distinción que ni siquiera les había pasado por la mente a los antiguos. Las primeras abarcaban todo el campo de los clásicos gentiles;

las segundas se extendían y se elevaban por las altas regiones de los conocimientos sagrados. Apuntaba con eso una interesante restricción importada por el Cristianismo en el concepto mismo de la Humanitas. A la cultura humana suministrada por los autores grecolatinos nada tenía que añadir un gentil en concepto de formación religiosa, ya que las tradiciones y creencias de la mitología y de la religión se las daban sin otros estudios suplementarios sus mismos poetas. En cambio, para un cristiano la antigüedad grecolatina estaba muy lejos de bastarle, — desde el momento en que empezaba a estudiar la cuestión religiosa. Para perfeccionarse en su nuevo ser espiritual y sobrenatural había menester de otra formación humano-cristiana incomparablemente superior. Algo había, pues, en la humanización del hombre regenerado por el Cristianismo que no se podía pedir a la Humanitas. El concepto y el sentido de esta voz se había, por consiguiente, modificado. Continuaba significando la cultura humana que se sacaba de los clásicos paganos, cultura que no se creía ser estorbo para los fieles, cuando en manera alguna se la excluía; pero denotaba ya una cultura humana que se reputaba incompleta, toda vez que debía ser completada y sublimada por una nueva Religión. Algo, sin embargo, se empañó durante los siglos medievales la limpieza del concepto expresado por la frase Litterae humaniores.

Con el refloramiento clásico de la época renacentista se volvió a proclamar por boca del escritor Bautista Guarino que la educación de la juventud debían darla como disciplinas esenciales preparatorias los estudios de Humanidad — (Studia Humanitatis), es decir, de la antigua Literatura griega y latina (12). — Quien haya carecido de la formación que dan esas Letras eminentemente humanas, — siempre carecerá de algo que hubiera sido el complemento cultural de su ser humano. Esa convicción la llevaban muy metida cuantos entonces cultivaban las Letras clásicas. Erasmo nos la dejó expresada en aquella frase tan escultural suya que encierra todo un mundo de ideas: *Quem non sit homo, qui litterarum expertus sit!* —

(13), ¡Cuanta verdad sea que no es hombre quien carece de Letras! Un afamado latinista del siglo XVI, el P. Pontano, cavó de nuevo en el sentido de la voz Humanitas en una monografía sobre esta palabra, y halló en ella toda la riqueza de significaciones que habían revelado antes las afirmaciones de Cicerón (14). La cultura humana de los estudios de Humanidad volvía a reclamar sustitutos hereditarios de capacidad para influir, no solo en la educación estrictamente literaria, sino en la distinción de la vida social por medio de la finura y de la afinación del gusto. Estas inclinaciones, alimentadas con la asidua lectura de los clásicos, introdujeron en aquella sociedad el tipo tan característico de humanista. Entonces fué, también, cuando, por efecto de las nuevas corrientes humanísticas bifurcadas en dos direcciones, las neopaganas y las cristianas, se extendió el radio de significación de la Humanitas, o de lo que hoy llaman algunos Humanismo (tomando esta voz en su sentido histórico) hasta venir a denotar una posición del espíritu humano en el modo peculiar de concebir el mundo y el hombre. Y, juntamente con ese nuevo sentido más trascendental, y como resultado de los métodos pedagógicos puestos en práctica ya desde la última mitad de la Edad Media, máxime en la Universidad de París, pasó la Humanitas a comprender — en la amplitud de su significado, no ya solamente la materia de dichos estudios (autores grecolatinos), o el resultado de ellos (cultura humana), sino todo un sistema escolar dirigido a conseguir que la excelente semilla de tan fructíferos estudios rindiese el máximo de fruto con el inteligente laboreo de los ánimos juveniles (método de enseñanza). Donde es de notar que dentro del campo de esos estudios se reservó el nombre de Studia Humanitatis, o clases de Humanidad, a los cursos en que, terminados ya los estudios de gramática, se estudiaba con finalidad propia e independiente el estilo y los géneros literarios, señaladamente los de Retórica y Poética. Y hasta se llegó en dicho método a restringir el nombre de clase de Letras Humanas (Schola Humanitatis) al curso escolar que se proponía como meta el dominar el estilo en su diferencia específica que es —

la elocución: pormenor que no carece de importancia para estudiar la tendencia - de aquella época histórica (15).

En esas acepciones se continuaron tomando las voces Humanidad y Letras Humanas; si bien por influjo del francés, que empleaba el plural Humanités como sinónimo de estudios literarios, se introdujo ese plural en España durante el siglo XVIII; a partir del cual es ya corriente denominar con el término de maestro de Humanidades al que enseñaba las Letras humanas, y tomar dicho vocablo como sinónimo de Literatura, especialmente la griega y latina.

El vocablo Humanismo vino de Francia, donde a su vez parece que se importó - de Alemania, hacia 1876 (16). Había aparecido como un neologismo en el Diccionario Larousse universal de 1873 con este significado, a todas luces racionalista: "deificación de la Humanidad". Más tarde se revistió de un sentido histórico — para expresar la corriente humanística literaria de los clasicistas del siglo — XVI y, en general, del Renacimiento grecorromano. No desmentía con esto el nuevo vocablo su parentesco con el de su afín humanista. M. Pierre de Nolhac nos asegura que la nueva edición del diccionario de la Academia francesa definirá el término Humanismo como sigue (17): "Cultura de ingenio y de alma que resulta de la familiaridad con las literaturas clásicas, señaladamente la griega y la latina, y el gusto para estos estudios". Pero, sea lo que fuere del sentido académico, — lo cierto es que posteriormente el vocablo Humanismo se ha independizado de las voces afines humanitas y humanidades, y, adhiriéndose fuertemente a su inmediata etimología humano (propio del hombre, relativo al hombre), ha venido a convertirse en eco semiinconsciente de ciertas novísimas concepciones y aspiraciones. La idea que ahora en la conciencia de muchos se concreta con la voz Humanismo, se iba divisando hacia tiempo y mirando con creciente interés, sobre todo desde que empezó a menguar el aprecio de los valores tradicionales clasicistas en la opinión de ciertos dirigentes de la pedagogía europea.

La oposición en un principio sorda y luego declarada, y en ocasiones tumultuosa, contra el humanismo clásico en la educación de la juventud, ha sugerido serias reflexiones y ha incitado a ahondar en las verdaderas y más profundas causas de su eficacia educativa. ¿Hay que buscarlas en lo que ese Humanismo tiene de grecolatino, o en lo que tiene de humano? ¿Y ese elemento humano del Humanismo clásico, por educativo y apreciable que sea, satisface las aspiraciones del alma moderna, que, sedienta de espiritualidad en pleno desierto del materialismo, suspira por un ideal de perfección humana muy por encima del que el tipo clásico le presenta?.

No hay por que disimularlo. El siglo XVI, dominado en demasía por las obsesiones del Renacimiento, vino a parar en un criterio notoriamente angosto, al conceder a las Letras griegas y latinas el derecho exclusivo de ostentar el nombre de Litterae humaniores. Sus títulos podían ellas presentar, ciertamente, tanta honrosa denominación; puesto que habían contribuido eficazmente durante siglos a poner en las generaciones europeas el fundamento de cultura humana, cuyos factores ya se han indicado. Perfeccionan, si, los estudios clásicos en el hombre las cualidades que constituyen su dignidad humana, embelleciendo su vida; pero ni pueden aspirar a perfeccionarlas todas, ni del todo, ni únicamente ellos. Realmente es injusto el identificar la cultura clásica, por excelente que sea, con esa otra cultura humana integral que culmina en el tipo ideal del hombre.

Resumiendo, diremos que las Humanidades tradicionales, el Humanismo clásico, son una cultura, un sistema, que desemboca en el Humanismo puro, quizá la mejor cultura natural, y el mejor sistema para ese fin; pero no son la cultura, el sistema, por cuyo cauce se llegue al Humanismo.

Tres espumar las palabras "Humanidades" y "Humanismo" podemos advertir la evolución y las crisis operadas en sus posibles conceptos y significados.



Por otra parte, la crisis del Humanismo —y humanismo es también, repetimos,— el Derecho romano— significa que hay vida, que tienen razones para de alguna — manera seguir viviendo e influyendo.

Sería absurdo negar la guerra que contra las Humanidades clásicas se declaró ya desde el siglo XVIII, embozadamente entonces, y a banderas desplegadas — más tarde y en lo que va del siglo XX.

A lo largo del siglo XIX arració la lucha; y después de la Gran Guerra, que termina en 1919, se planteó la crisis de las Humanidades en casi todas las naciones con caracteres de violenta oposición,

A esta crisis estamos asistiendo nosotros. Basta hojear las encuestas que — durante estos últimos años se han abierto en diferentes países sobre la posición de los estudios clásicos, para convencerse de que se está librando una batalla — decisiva en este terreno.

Ocupémonos de modo global y sucinto de los términos en que se plantea la — crisis.

Sin duda que crisis tan hondas en que se atacan posiciones seculares, obedecen a causas muy hondas también y muy complicadas: casi siempre vienen remolcadas por agitaciones y cambios radicales de la misma sociedad. Hace ya mucho tiempo que, a impulsos de una serie de concausas harto conocidas de todo el mundo, — se está proclamando a voz en grito por todas partes la guerra contra todo lo tradicional. La idolatría del progreso, muy real y necesaria ciertamente en el campo científico e industrial, se rebela hoy contra el culto tributado en otras épocas a las obras y a los autores de una civilización de que ahora hacen mofa los que la cotejan con las conquistas del presente siglo. ¿No es un anacronismo —ar— gumentan— obligar a nuestros jóvenes a que durante largos años convivan en soli

daridad de pensamientos y sentimientos con un pasado de griegos y latinos que se nos pierde ya de vista, en vez de prepararlos con estudios adecuados a entrar en el mundo que les espera y en la sociedad que les ha de exigir un equipo del todo acomodado al medio ambiente donde se van a mover?.

¿Quien no ha oído hasta la saciedad esa retahíla de inculpaciones?.

Daremos algunos textos que ponen en su punto esta enconada polémica.

Bérard, polemizando en el parlamento francés con Herriot y Leygues, alegó: — "El argumento de la evolución aplicado a las artes y a las letras opino yo que — se ha de manejar con gran tacto y con extrema circunspección. La noción de progreso es un concepto harto vago y discutible en la Historia del Arte y de la Literatura. En otros campos, sí, me parece evidente el progreso de la ciencia experimental en estos últimos ciento cincuenta años; más en el orden artístico y literario no creo aventurar una paradoja afirmando que la humanidad estuvo casi — desde el principio en posesión de todos sus recursos. Homero, el Partenón, la estatuaría griega no han sido hasta ahora sobrepujados.

Menéndez Pelayo refutando en el tomo IV de su Historia de las ideas estéticas a Perrault escribe: "No acertó a comprender Perrault que la ley del progreso, como toda ley histórica, no puede aplicarse en iguales términos a lo que de suyo es tan relativo y mudable como las ciencias experimentales y las industrias (en que cada día representa un adelanto nuevo), y a lo que puede alcanzar en cualquier momento histórico un valor propio y absoluto, como sucede en las grandes — creaciones artísticas. La verdad y la belleza son eternamente admirables, sea — cualquiera la época y la civilización que las producen o comprenden, y no cabe el más o el menos tratándose de obras perfectas y acabadas, cada cual en su línea; — sin que esto excluya en modo alguno la persuasión en que debemos estar de que —

los siglos venideros producirán otras obras igualmente perfectas, aunque de orden distinto, ni tampoco implique la negación del progreso estético, que en — otro sentido se cumple siempre, en cuanto va siendo cada día mayor la suma de — goces estéticos que la humanidad atesora, y mayor asimismo el número de hombres llamados a participar de estas espirituales fruiciones.

En tercer lugar se podría argüir frente a la desestima de las Humanidades — estas palabras de Schiller: "Sin duda el artista es hijo de su siglo, pero no — debe ser su discípulo ni su favorito. Recibirá su materia del tiempo presente, — pero tomará la forma de un tiempo más noble, o más bien, irá a buscarla fuera — de la corriente de los tiempos en la unidad absoluta, inmutable, de su propia — esencia. Allí corre la fuente de la belleza, no infestada por la corrupción de — las generaciones y de las edades, que pasan lejos de ella en negros torbellinos. La fantasía puede deshonorar o ennoblecer su materia; pero la forma, siempre cas — ta, es esquivia a sus caprichos. El templo permanece sagrado cuando los dioses — se han ido. Cuando el género humano pierde la conciencia de su dignidad moral, — el arte la conserva en mármoles llenos de sentido: la verdad persiste viviendo — en la ilusión, y la copia sirve para restablecer el modelo. Si la nobleza del — arte sobrevive a la nobleza del mundo real, también la precede como inspiradora, educando y despertando los espíritus. Antes de que la luz de la verdad penetre — triunfante en el fondo de los corazones, la poesía intercepta sus rayos; y las — cumbres de la Humanidad resplandecen cuando una noche sombría y húmeda pesa aún sobre los valles. —Vive con tu siglo, pero no seas hechura suya: trabaja para — tus contemporáneos, pero haz lo que ellos necesitan no lo que ellos alaben. No — te aventuras en la peligrosa compañía de lo real, antes de haberte asegurado en tu propio corazón un cerco de naturaleza ideal" (18).

La crisis del Humanismo, en cierto modo, climatiza la crisis del Derecho ro — mano y ambas crisis, no son ni más ni menos, que un alza alarmante de la tempe-

retura de la latinidad, agudizada en los últimos años por el esclavismo y la germanidad. No pienso que la crisis sea mortal sino más bien antesala de una normalidad fecunda. La reacción que traiga la nueva convivencia será catalizada de alguna suerte por la latinidad y el romanismo.

La crisis del Derecho romano se inicia en la época del Humanismo con el llamado mos gallicus, que se desentiende de los criterios de autoridad del Derecho romano para considerarlo como una ciencia histórica. Es verdad que el mos italicus o derecho de juristas subsiste, pero ya no como la única postura —la más viva— frente al Derecho romano.

De alguna manera, si profundizamos, tenemos que relacionar la larga crisis del Derecho romano —a veces latente, a veces en erosión, como los volcanes— con la crisis del Derecho.

El Derecho romano fue por excelencia Derecho de juristas, sus posibilidades se debilitan en la medida y en la progresión en que empezó a ser Derecho de profesores. Los jurisconsultos romanos con su bien ganada auctoritas prudentium —eran el centro de la vida jurídica romana, asesoraban a los ciudadanos, asesoraban al pretor y asesoraban al Príncipe, que llegó a apoyarlos explícitamente — con su autoridad "ius respondendi ex auctoritate principis", accediendo progresivamente al desempeño de funciones públicas —etapa designada por Schulz como jurisprudencia burocrática.

Esto significa que el Derecho romano era verdadero Derecho, porque en Roma se buscaba la justicia desde la sabiduría jurídica (jurisprudencia), es decir, desde dentro del Derecho. El ciudadano, el pretor y hasta el príncipe que podía hacer lo que le placía —quod principi placuit legis habet vigorem (19)— no se movían, ni actuaban al margen del Derecho. Y no solo se buscaba la justicia —"con" y "en" la norma misma, el evento jurídico no cesaba hasta que esa norma —

tocada por la equidad no resolvía justamente el caso concreto.

La crisis del Derecho romano, seguida ineluctablemente por la crisis del Derecho, se opera, cuando, por causas de muchos órdenes que en esta tesis no voy a abordar, —acaso lo haga con la extensión que ello requiere en estudio aparte— se empieza a buscar la justicia desde fuera del Derecho, para convertir, —de golpe, el producto de esta búsqueda abstracta —sin casuística— en legalidad vigente.

Desprendido el Derecho de su tronco nutricio queda flotando y a la deriva.— Para paliar esta situación desconcertante surge la expresión "Estado de Derecho", que todavía se usa hoy con más pompa que conocimiento.

"Tradicionalmente —escribe Werner Goldschmid (20)— se habla de "Estado de Derecho". No obstante esta expresión no es afortunada. "Estado" es una voz que significa la forma jurídica de la comunidad. En la ciencia política, en cambio, la referencia se hace a la organización real de la misma, la cual suele denominarse "régimen". Por otro lado, cuando Robert von Mohl acuñaba hacia 1850 los términos: "Estado de Derecho" se refería al Estado europeo occidental de la segunda mitad del siglo XIX al cual, en aquel entonces, consideraba justo. Sin embargo, a nosotros no nos satisface ya hoy en día su democracia imperfecta —(exclusión de las mujeres, de personas de ingresos mínimos, etc) y su liberalismo formal, socavado, en la realidad de los hechos, por un capitalismo desenfrenado. Por ello conviene reservar las voces: "Estado de Derecho", para el Estado europeo occidental decimonónico y designar la sociedad justa, siguiendo a Del Vecchio, mediante la expresión: "Estado de justicia", o mejor aún, teniendo en cuenta nuestras observaciones al término "Estado", por medio de los términos: — "Régimen de justicia".

En cuanto a la advertencia metodológica, quisiéramos poner de realce que — nuestro "Régimen de justicia" constituye un tipo ideal en el sentido de Max Weber: Ningún régimen histórico realiza cabalmente un régimen de justicia; pero — todo régimen histórico se acerca más o menos a aquella pauta".

En plena crisis de identidad del Derecho surge la "teoría pura del Derecho" debida al sutil jurista Hans Kelsen.

Kelsen aísla el ordenamiento normativo, por un lado de las valoraciones morales y, por el otro de las realidades sociales. Pero la "teoría pura del Derecho" va demasiado lejos, creyendo poder identificar el Derecho, el mundo jurídico, con el ordenamiento normativo.

Apuntadas más arriba las causas profundas que obstruyen el fluir del Derecho romano y en general del Derecho, no voy a entrar en las anécdotas de la crisis, que son consecuencia de aquellas causas y han sido tratadas de alguna manera por distinguidos romanistas, especialmente.

El Derecho, acosado por la política, por la sociología, por la psicología, — etc, tiene que volver a ser, con diferentes contenidos si se quiere, Derecho de juristas al modo romano. Ello entraña una dinámica auténticamente jurídica, inmersa en toda la problemática del hombre, según reza la definición de jurisprudencia que debemos a Ulpiano "Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti — atque industi scientia" (21).

Téngase en cuenta además que la jurisprudencia romana fué, en su portentosa fluencia, un camino que anda.

N o t a s

- (1) F. Clemente de Diego, "Introducción al estudio de las Instituciones de Derecho Romano", en 285 recoge y comenta el famoso dístico de — Gribaldo Mofa que ironiza el método de los juristas boloñeses, primeros representantes del "mos italicus":  
Praemito, scindo, summo casumque figuro  
Perlego, de causas, connoto, objicio.
- (2) V. el artículo de Gastón Boissier A propos d'un mot latin. Revue de deux mondes, 1906 Nov. Dic., 762.
- (3) Pro Roscio Amerino, 22.
- (4) Humanitate tanta est (Pompeius) ut difficile dictu sit utrum hostes magis virtutem eius pugnantes timuerint, an mansuetudinem victi dilexerint, Cic. Pro Lege Manilia, 14
- (5) Homo sum: humani nil a me alienum puto. Terencio, Heautontimoroumenos, act, I, ex. I. 54.
- (6) Así se deduce de todo el contexto del discurso de Cicerón. Pro Archia poeta.
- (7) V. Editio octava. Barcelona, 1927. Num. 664.
- (8) Idem, Pro Archia, 16
- (9) Aulo Gelio. Noches Atticae. XIII, 16.
- (10) En Plauto, por ejemplo, contrastan los brotes de delicadeza poética y las frecuentes groserías que afean las páginas de sus comedias.
- (11) A graeco sermone puerum incipere malo.... quia disciplinis quoque graecis instituendus est, unde nostrae fluxerunt. — Quintiliano, Institutio nes oratorias, I, I.
- (12) Bautista Guarino. De ordine docendi et studendi. 1459.
- (13) Erasmi Opera, I, 489.

- (14) Pontanus.- Progymnasmata latina, I, 320.
- (15) Aunque antiguamente se llamaban Letras humanas y Humanidades todos los estudios literarios, los jesuitas parecen haber sido los primeros que reservaron ese nombre para una clase especial, la cual ocupaba un lugar medio entre la Gramática y la Retórica.
- (16) Congrès de Nîmes (Association Guillaume Budé), Paris. Société d'Edition: Les Belles Lettres. Rapport présenté par M. Emmanuel Leroux, 259.
- (17) L'Humanisme et l'humain, 12.
- (18) Citado en Historia de las ideas estéticas, VII, 81 - 83. Humanda-des Clásicas. - 40.
- (19) D. 1, 4, 1 pr.; Inst. 1, 2, 6. Cfr. Wieacker, Textstufen, 206, 445, n. 104.
- (20) W. Goldschmidt, "Introducción al Derecho", 123.
- (21) D. 1, 1, 10 pr.



## CAPITULO XXI

## EL DERECHO ROMANO Y LA IDENTIDAD CULTURAL DE EUROPA

El Derecho "es norma de convivencia" (1) y el estilo de convivencia es el -  
exponente y la exteriorización de la cultura que practican los grupos humanos.-  
De aquí se desprende que, sin tener en cuenta el Derecho romano, no sea posible  
la identificación cultural de Europa.

Este Capítulo además es una vivencia personal que no puedo dejar de aportar  
a esta tesis.

En 1980 fui designado representante de España, en la Reunión de Expertos de  
la UNESCO, celebrada en Helsinki, del 8 al 13 de Diciembre del año indicado.

En este foro de la Cultura europea, las intervenciones, en lengua francesa-  
e inglesa indistintamente, fueron totalmente libres, ya que nuestras opiniones-  
no eran imputables a la nación invitada a la que cada uno de los expertos, a tí-  
tulo de intercambio y mutua comunicación, representábamos.

Este hecho dió más profundidad y originalidad a los debates y los desposeyó  
de esos inevitables condicionamientos que tienen los temas y las palabras cuan-  
do de alguna manera implican compromiso de parte.

De la magnitud de la Asamblea puede dar idea la siguiente relación de paí-  
ses en ella representados: Austria, Bélgica, Bulgaria, Bielorrusia SSR, Canadá,  
Checoslovaquia, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Holanda, Hungría, Irlan-  
da, Italia, Luxemburgo, Noruega, Polonia, República Democrática Alemana, Repú-  
blica Federal Alemana, Rumanía, Suecia, Suiza, Turquía, Rusia (URSS), Ucrania -

SSR, Inglaterra (UR), Estados Unidos de América (USA) y Yugoslavia (2).

A pesar de tanta diversidad de países, en los temas referentes a la cultura actual predominaban dos tendencias: la marxista —con sensibles matices, que según lo allí manifestado, van desde la RSS de Bielorrusia y la Alemania oriental hasta Rumanía, Polonia y Yugoslavia— y el utilitarismo felicitario de los países, digamos, occidentales incluido Canadá y los Estados Unidos de América.

El tema de la identidad cultural de Europa y de los países que la componen—fué verdaderamente esperanzador. Los allí reunidos sin ninguna excepción, estábamos de vuelta de la mundialización de la cultura, del cosmopolitismo a ultranza que amenaza a la cultura misma.

La Asamblea se definió partidaria de la identidad cultural de cada nación y por este camino de la identidad cultural europea en los términos siguientes:(3)

P.21) The meeting unanimously recognized cultural identity as a basis for — cultural development. It was affirmed that it must be understood as a phenome— non in constant development which cannot be foreseen in every detail, and which should not be burdened by prejudices and "eternally" valid opinions and attitudes.

P.22) During the discussion considerable attention was paid to the problems connected with transition from nominal recognition of cultural identity to real promotion of cultural identity on the level of cultural policies.

P.23) In the debate the common historical components of the European cultural identity were outlined, namely Greek and Latin humanism, Judaism and Christianity, the Renaissance, scientific and liberal thoughts, the Industrial Revolution, Romanticism and socialism.

P.24) Many participants stressed that cultural identity should be built — within the framework of a value system which has to be open to influences and — re-examinations from within, focus the seis culture, but as well to influences— emanating from the other cultures. These influences should result from a full — cultural exchange.

P.25) It was pointed out that cultural identity, its development and the — mode of its "use" are verified as the presence or absence of freedom in perso— nel practice of an individual, as well as of larger or smaller groups. This is— dependent on the manner in which that particular man or group live their cultu— ral identity.

P.27) Concerning the defence of cultural identity, the participants were of the opinion that there is no use closing off one's borders to external influences, because a cultural autarchy of nations is impossible at present. On the contrary, it was felt necessary to increase, to the maximum degree, the output of internally produced culture and creative activity by promoting the socio-economic status of artists as well as the creativity of personal expression in all social strata.

P.32) In the course of the debate it was regretted that the notion of cultural identity was somehow limited to national identity, including the identity of minorities, ethnic groups or little nations. On the other hand, a concept of identity with other dimensions was presented, namely, the identity with mankind with class, with a social system, with an idea, with a religion, with a nation, with ethnic groups, with the city, with the community or family and finally --- with the self.

En estos puntos 21, 22, 23, 24, 25, 27 y 32 de las conclusiones finales se advierte como entendió la asamblea "la identidad cultural nacional, es decir, - como algo abierto y sensible a identidades culturales más amplias y a identidades culturales de menor entidad, descartando, por imposible en nuestro mundo, - la autarquía cultural.

Perfilado el concepto de "identidad cultural", nos interesa especialmente - el punto 23, donde se alude a la identidad cultural de Europa: "En el debate -- fueron reseñados los componentes históricos comunes de la identidad cultural de Europa, especialmente el humanismo Greco-Latino, Judaismo y Cristianismo, el Renacimiento, pensamientos científico y liberal, la Revolución Industrial, Romanticismo y socialismo".

No hay ni que decir que los debates sobre el tema fueron mucho más ricos -- que este punto 23, necesariamente esquemático y por supuesto discutible.

Pese a la preparación y la buena voluntad de todos, pese al predominio de - lo cultural sobre lo político, hubo sus tensiones en torno a la ineludible identidad histórica de Europa.

Es erróneo creer que para culminar el entendimiento de presente entre los pueblos y las naciones lo mejor es olvidar la Historia. A través de mi larga experiencia y participación en negociaciones culturales de todo tipo con otros países, he podido observar la gran importancia que en las mismas tiene la Historia. Y es que las naciones, sin saberlo, y, a veces, queriéndolo olvidar, tienen mucho de entidad histórica, y ello se refleja como en un espejo en las mesas y en los "pasillos" de las negociaciones internacionales.

Lo que hay que desechar, si, son las historias con minúscula. Es hora ya de romper esas malas caricaturas que unos pueblos sacaron a otros, si queremos de verdad la unidad de los europeos.

Personalmente opté por exponer la identidad cultural de Europa en su aspecto de tensión y contraste Occidente-Oriente, me parece lo más fiel al fenómeno europeo, que por creativo es movedido y contagiante. Se diría, que hasta su actual postración, Europa ha hecho continuamente exportación de sí misma. Puede afirmarse que hay múltiples "europeidades" fuera del espacio geográfico europeo.

Estos puntos de vista que vieron la luz en una de mis publicaciones (4) no solo interpretan la trayectoria histórico-cultural de Europa sino que subsisten en cierta medida en la actual política mundial de bloques —países Occidentales países del Este.

Tras la aludida intervención, que a continuación resumo, me ocupé en otras intervenciones de destacar el Derecho romano como elemento cultural europeo de primer orden.

En estas pinceladas que buscan más la profundidad que la enumeración científica transmití a la asamblea mi visión del alma europea.

"Europa es hoy tema de palpitante actualidad. Ello se presta a confusiones y no hay nada más antieuropeo que la confusión. Hay quien piensa que lo europeo es, en su esencia, energía, dinamismo, acción frente al quietismo contemplativo de Asia. Tal apreciación denuncia una visión parcial; no debemos olvidar que Europa empieza en Grecia, y es de esperar que no termine en nuestros días.

Sócrates, al poner como meta del hombre la virtud, dió un giro copernicano al pensamiento deportivo y diletante que venía de Oriente. Entonces nació Europa. La revolución socrática, presintiendo la Verdad de Cristo, no retrasó --como ha escrito alguien-- el conocimiento científico, sino que lo hizo posible.-- Prueba de ello es que el Oriente, sin el ethos socrático, se sumió en el nirvana.

Una de las raíces más profundas de lo europeo es la tendencia a la perfección. El europeo descubrió que el esfuerzo y el sufrimiento servían para algo; dió sentido al dolor. Este descubrimiento produjo el santo, el héroe, el artista, el conquistador, el científico, el hombre de empresa; en una palabra, todas las cumbres de la europeidad.

La aceptación a ultranza es asiática y da paso a los vagos sueños; la voluntad de perfección es europea y engendra ideales, utopías, que, en definitiva, son programas de acción.

Las guerras médicas, las "marcas" romanas, las Cruzadas, la Reconquista española, los esfuerzos de Jorge Castrioti, "el Atleta de Cristo", por contener a los turcos; Lepanto, y hoy el "telón de acero", son pruebas, entre otras muchas, del ininterrumpido forcejeo entre Oriente y Occidente.

Esta colisión Europa-Asia trajo contagios mutuos, pero confirmó diferencias

y superioridades indiscutibles. El conformismo oriental es tierra propicia para el cultivo de la tiranía, de la crueldad y del capricho. La creencia europea en el esfuerzo y en el sacrificio personal exige una dosis respetable de libertad y de justicia. Europa entró en Asia con el generoso Alejandro, permeable al atuendo y costumbres orientales; con Trajano, el hispano asequible y bondadoso; con Disraeli, tocado de una inteligente inquietud. Asia entró en Europa con las invasiones antiguas y modernas que destacan por su escaso respeto a la cultura y a la personalidad.

Europa, con su forma superior de vida, sedujo a todo el mundo, incluso a -- los propios invasores asiáticos. Para Europa el peligro es la invasión, para -- Asia el peligro es la seducción.

El diálogo y la sincera aceptación de la originalidad creadora son las actitudes más positivas para llegar a la nueva síntesis europea, que afana a todas las naciones del viejo Continente.

Sin respeto al genio de cada país, se llegaría a una Europa sin alas, a una Europa sin poder creador.

Europa es Cristiandad, y aún lo que hoy podría llamarse materialismo europeo está lleno de fermentos y recursos éticos cristianos que conviene vivificar, si se quiere dar sentido y poder de creación a esta Europa en crisis.

El concierto y reajuste económico europeo es solo una parte del camino a andar; si cada nación logra actualizar la tradición común --Humanismo cristiano, --Derecho romano-- y se abre a la comprensión, todo ha de ser más fácil.

Antes se apuntó que el concierto europeo, para ser algo, no puede quedar reducido a lo económico, con ser ello importante.

Es posible que en nuestros días se cometa el error de sobreestimar en el hombre lo que indudablemente tiene de egoísmo calculista, desatendiendo su irresistible vocación de buscador de conductas. El hombre es sensible al dinero, pero no lo es menos al ejemplo. Mientras Europa ha sido Europa, no se ha olvidado de esto. El lema "Tanto tienes tanto vales" es bochornosamente inhumano para colocarle en el frontispicio de la Nueva Europa. Todavía es Europa la mejor dotada para poner un poco de orden teórico en el pragmatismo oportunista que rige en el mundo. Sin un ideal mínimo del que pueda arrancar la solidaridad definitiva, todo sería más lento y más costoso.

Europa, por irrenunciable y salvadora tradición, es la llamada a conseguir que la técnica y la riqueza sean para el hombre, y no el hombre para ambas. El europeo lleva esto en la sangre y, si es fiel a sí mismo, no le será difícil dar con las estructuras y la organización que hagan posible el milagro. Aparte de poner los europeos los medios que a nuestro alcance tengamos, no debemos olvidar el paso dado por la Iglesia hacia la unión de los cristianos en el II Concilio Vaticano, ni la recomendación que el Papa universal que lo convocó hace en su testamento: "Recomiendo una vez más a todos lo que hay de más valor en la vida: Jesucristo, la Santa Iglesia, su Evangelio y, en el Evangelio, la verdad, la dulce bondad, activa y paciente, invencible y victoriosa".

En esta línea europea, auténticamente realista porque no ignora el espíritu ni la materia, se encuentra España. Recordemos que los dos símbolos universales del "deber ser" y del "ser" son españoles: Don Quijote y Sancho. A Sancho le necesita Europa para cuidar de la bolsa y de las provisiones materiales; a Don Quijote, para no perder el espíritu de aventura y evitar que caiga en una modorra plutocrática que la haga insensible a lo justo y a lo verdadero".

Identificada Europa, en su espíritu, vine a destacar el Derecho romano como-

elemento europeo primordial de cultura y civilización, pues la cultura es convivencia y la convivencia europea tuvo, y aún tiene, cuño romanístico.

Tras de proponer a la Asamblea, no como texto definitivo e indiscutible, -- pero sí como un testimonio muy aceptable, el libro de Koschaker, "Europa y el Derecho romano", terminé mi intervención destacando que la razón decisiva de esa preeminencia objetiva de la cultura europea la encontraba Max Weber en su interma racionalidad que apunta desde fecha bien temprana: "Para llegar a una doctrina racional del Derecho --escribe Max Weber (5)--, a pesar de sus comienzos en la India ("escuela de Mimamsa"), a pesar de las comprensivas codificaciones, especialmente en el Próximo Oriente, a pesar de todos los libros jurídicos de la India y de los otros países asiáticos, faltan los rigurosos esquemas jurídicos y las figuras conceptuales del Derecho romano y del occidental, formado en su escuela. Una configuración como la del Derecho Canónico solo el Occidente la conoce".

A juzgar por el interés manifestado, puedo afirmar que conseguí llevar a la conciencia de aquel foro, que buscaba con sinceridad y empeño la identidad cultural de Europa, el radical papel que en la misma corresponde al Derecho romano.



N o t a s

- (1) J. Iglesias, Derecho Romano, 3.
- (2) Relación de representantes y países asistentes . Secretaría de la Reunión de Expertos de la UNESCO, Helsinki, diciembre 1980.
- (3) Documento de conclusiones de la Reunión cit.
- (4) G. Sierra, Relación España-Europa, I - Historia, Colección Temas Españoles, Num. 442., 1 ss.
- (5) L. Díez del Corral, "El rapto de Europa", incluye esta cita de Max Weber, en p. 48.

## CAPITULO XXII

### EL DERECHO ROMANO HACIA EL SIGLO XXI

Esta tesis se ha hecho con el oído pegado al suelo de un proceso jurídico - de muchos siglos; ello nos ayuda a detectar el galope de lo que se avecina.

El buscar las salidas del Derecho romano que dan a la modernidad es una excavación espiritual apasionante que no debe excluir la prospección.

Dejar escapar nuestro afán —como los personajes pirandellianos— hacia el siglo XXI, es casi obligado en estos años que preludian y auguran el próximo milenio.

Por otro lado, la crisis del Derecho romano y el cotejo de sus Instituciones con las nuestras son preocupación de los planteamientos ya hechos aquí, dentro — del panorama histórico y actual.

Mirar al futuro con imaginación analítica y razonadora es virtud que escasea en nuestra Universidad. El futuro no es solamente de los dioses, el futuro es corrector, a veces exagerado, de las carencias del presente.

Por ello, con miras a nuestra prospección romanística, vamos a hacer un breve análisis del bagaje filosófico, político y jurídico con el que nos estamos — acercando al umbral del siglo XXI.

Al gran ciclo filosófico que va de Kant a Heidegger le cortó el cable el ha-cha implacable de la segunda guerra mundial. Así ha podido decir Julian Marias-

que hoy se vive sin filosofía, es decir, sin "dar razón de" las cosas. Los hechos consumados campan por su respeto.

Para el Derecho que siempre tiene una justificación ética, de "deber ser", - esto es grave.

En cuanto a lo político, se ha dicho con razón que el siglo XX no tiene pensamiento político. En este sentido vivimos de la renta del siglo XIX que no da para mucho. En realidad somos unos vendidos a menos políticamente.

En la desembocadura del siglo XX en el mar del siglo XXI la ciencia política tiene que contestar a fondo y en serio esta pregunta: ¿Qué se hace con el poder? . El poder no puede seguir siendo una veleta a merced de ventoleras personales, hay que objetivar el poder sin quitarle capacidad de maniobra, y ello puede conseguirse haciendo que la sociedad, eficazmente, lo comparta. Frente a esta gran pregunta palidecen y pasan a segundo término las viejas cuestiones - de procedencia, residencia y legitimidad del poder tan opinables y controvertidas por los tratadistas y por los fenómenos políticos reales.

La vieja teoría del Estado se tambalea, el reto de los tiempos está en su innovación con una teoría sana y funcional del Poder, que haga, por lo menos, - difíciles sus abusos. La idea de este giro copernicano que corresponde a la - ciencia política podría ser ofrecer caminos efectivos y suficientes para que - el Poder sea para la sociedad y no la Sociedad para el Poder. (No puedo desarrollar aquí la compatibilidad de cuanto he afirmado con el Derecho Público - Cristiano).

Volveremos más tarde sobre esto, porque de ello depende el rumbo futuro - del Derecho, que es nuestro tema.

Veamos ahora con que bagaje jurídico contamos para hacer frente al siglo —  
XXI.

Aceptamos como punto de partida la siguiente afirmación del maestro Hinojosa en su Historia del Derecho Romano: "El Derecho justiniano es base de la legislación civil de los pueblos modernos". Tengamos en cuenta a este respecto que el Digesto es el libro más universalmente leído después de la Biblia y al lado del Quijote. También es oportuno recordar para dar ámbito y significado a las palabras aceptadas lo afirmado por Federico de Castro: "De modo intuitivo nos podemos representar al Derecho civil como la "organización jurídica de la vida íntima de la Nación" (1).

Al hablar de "la legislación civil de los pueblos modernos" basada en el Derecho justiniano, se hace referencia a los sistemas jurídicos codificados.

Un poco simplistamente, no puedo extenderme más de lo imprescindible por razones de eufonía temática, podría decirse que el Derecho romano de los gritos en el "sistema cerrado" de los códigos modernos y pone los huevos y se alinea — con el Derecho común y el Common Law en el "sistema abierto".

El Derecho moderno, según la afortunada distinción del Schulz, secundada por Esser, se divide en sistemas cerrados y en sistemas abiertos. El Derecho romano, como antes apuntamos tiene que ver con los dos.

Los Derechos codificados del continente europeo y los demás Derechos codificados pertenecen al grupo de sistemas cerrados.

El origen de estos ordenamientos —se ha escrito (2)— viene del Iusnaturalismo que, apoyándose en el cartesianismo, hizo discurrir la ética social por — los cauces de la matemática, racionalizando así el Derecho, que tiende a conver-

tirse en un sistema cerrado, susceptible de demostración lógica; participa de este modo de proceder la pandectística alemana del siglo XIX y los ordenamientos jurídicos, que, por influjo del Iusnaturalismo o de la mencionada pandectística, asentaron su Derecho sobre las bases del positivismo legal.

Ni que decir tiene que estas adherencias del iusnaturalismo pueden ser superadas por el neo-iusnaturalismo, —tómese esta denominación en su intención adecuada.

En el grupo de "sistemas abiertos" se inscriben el Derecho romano y el ordenamiento jurídico anglosajón.

La expresión "Derecho común", que corresponde a este grupo, significa la superación de los particularismos jurídicos regionales por la formulación de un derecho "común". Este fenómeno se dió en Roma a través del ius gentium y se repite posteriormente en el droit commun français o en el common law anglosajón y en el Derecho elaborado por los juristas italianos a partir del renacimiento jurídico de la Escuela de Bolonia.

El Derecho común como obra de juristas y con carácter universal sin haber —llegado a tener rango legislativo tenía eficacia en el ámbito de los ordenamientos que lo acogían para llenar las lagunas de los derechos locales.

En nuestra visión relacionadora hacia el siglo XXI detectamos posibles empalmes, en los dos sistemas mencionados, donde engarzar una interacción y una transfusión mutua.

En los sistemas cerrados —se ha argumentado con toda razón— el ordenamiento jurídico legal se contrapone al jurisprudencial, tanto desde el punto de vista de las fuentes de creación del Derecho como desde el ángulo de la aplicación

del mismo y del método utilizado para ello. Frente a esta autosuficiencia legal-  
se alzó la Freirechtsbewegung, movimiento que enlaza con la "jurisprudencia de -  
intereses" de Ihering, y que ha despertado, frente al positivismo la necesidad -  
de que el jurista disponga de libertad en su labor encaminada a encontrar el de-  
recho, tarea en la que no puede quedar atado ni por la legislación ni por la ---  
misma aplicación férrea de la lógica jurídica. Tal movimiento ha tenido repercu-  
siones en otros países, entre ellos en Francia. Lombardi estima que se trata del  
máximo esfuerzo colectivo de toma de conciencia respecto a la relación jurista-  
Derecho, que se haya producido en la historia de la jurisprudencia occidental; -  
se trata, en definitiva, de una reivindicación de aquella libertad que para los -  
juristas romanos y los artífices del Derecho común era una convicción implícita.  
Ahora bien aunque la Freirechtsbewegung representa la caída del positivismo le-  
gal absoluto, verifica su superación teórica desde dentro, es decir, en nombre -  
del mismo Derecho positivo aplicado por los tribunales del Estado, con lo que se  
mantiene firme el principio de la subordinación del Juez a la ley; la actividad-  
creadora de Derecho viene así a quedar reducida, en definitiva, a la interpreta-  
ción de la misma y a colmar sus lagunas.

No cabe duda de que este movimiento que llama Lombardi "iusliberismo" es un-  
antecedente de apertura en el campo del legalismo a ultranza.

Así es como se avanza en Derecho, actuando sobre la raíz del problema, no im-  
portando y exportando "novedoseries" que no vienen a cuento; pero para ello hay -  
que ser jurista y no mero aficionado.

En cuanto al posible punto de apoyo en el sistema abierto para la comunica-  
ción de los dos grupos, destaquemos que a aquel no le es del todo ajeno el lega-  
lismo. En el ordenamiento jurídico anglosajón se distingue, porque hay materia -  
para ello, entre STATUTE LAW y COMMON LAW.

Completamos esta topografía geojurídica connotando —no es ocasión de atizar— que la América hispana se halla inmersa en la tradición romanística continental, mientras que la América, digamos, anglosajona sigue la tradición jurídica de sus colonizadores.

Este es el esquema del Derecho, hoy, y con el que vamos a entrar en la próxima centuria.

Yo imagino que nuestro siglo transido por la técnica y la comunicación más —bien deshumanizada, tendrá que ser repensado en el siglo XXI para enderezar las carencias que antes apuntamos.

En este caso, el pensamiento político —digo pensamiento y no acción política, esta sin aquel se atrasa o se desboca— ha de proponer menos Estado y más sociedad, es decir, el Estado necesario para una sociedad más madura y responsable, donde los "ismos" demagógicos sean contemplados como curiosidades del pasado.

Para ello habrá que revisar con hondura, imaginación y realismo la teoría y la práctica de la representación y de la acción popular con el fin de darles su auténtico juego y eficacia.

Camino de este pensamiento político futuro puede ser muy útil el gran libro de Shulz "Principios de Derecho romano" —aunque doy su título en nuestra lengua, no tiene versión española (3).

En ocasiones antecedentes, a lo largo de esta tesis, se ha insinuado que el terreno del Derecho se presenta, en estos críticos momentos, muy disputado por otras disciplinas y también por varias indisciplinas y contestaciones.

No sé si Ortega y Gasset entreveía esto cuando afirmó que en nuestro tiempo el Derecho ha sido triturado por la "justicia" (4). Por la "justicia" tomada — por la propia mano —añado yo.

Para evitar ésto, los juristas de hoy y de mañana tenemos que tener muy presente el Derecho romano.



N o t a s

- (1) F. de Castro, Compendio de Derecho Civil, (5ª edición), Madrid 1970, 32.
- (2) Universidad Nacional de Educación a Distancia, Derecho Romano, Madrid, 1978, 88.
- (3) Entendemos que a través de esta obra de Shulz, ya traducida del original germánico a varias lenguas, puede operarse una recepción de los - conceptos fundamentales que acertó a crear y vivir con su Derecho el pueblo romano para luz de todos los tiempos.
- (4) J. Ortega y Gasset, Obras completas, cuarta edición, tomo VI, 78.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

Albertario: Studi di diritto romano, vol. - V: Storia, metodologia, esegesi, Milán 1937.

Idem: Introduzione storica allo studio del diritto romano, Milán 1935.

Idem: Il diritto romano, Milán 1940.

Alvarez Suárez, U.: Curso de Derecho Romano, I: Introducción. Cuestiones preliminares, Derecho procesal civil romano, Madrid 1955.

Idem: Instituciones de Derecho Romano, I: Introducción histórica, Conceptos fundamentales, Hechos y negocios jurídicos, Madrid 1973.

Idem: Horizonte actual del Derecho Romano, Madrid 1944.

Arangio-Ruiz: Istituzioni di diritto romano, Nápoles 1960.

Idem: Storia del diritto romano, Nápoles 1957. Trad. española de la segunda edición italiana: Historia del Derecho Romano, Madrid 1974.

Arias Ramos, J.; Arias Bonet, J.A.: Derecho Romano, Madrid 1977.

Biondi: Istituzioni di diritto romano, Milán 1956.

Idem: Prospettive romanistiche, Milán 1933.

Bonfante: Storia del diritto romano, Roma 1934. Trad. española: Historia del Derecho Romano, Madrid 1944.

Idem: Istituzioni di diritto romano, Turín 1957. Hay traducción española reimpressa, Madrid 1945.

Bretone: Tecniche e ideologie dei giuristi romani, Nápoles 1971.

Carames Ferro: Historia del Derecho Romano desde sus orígenes hasta la época contemporánea, Buenos Aires 1955.

Castillejo, J.: Historia del Derecho Romano: Política, Doctrina, Legislación y - Administración, Madrid 1935.

Calasso Medio Evo del diritto, I: Le fonti, Milán 1954.

Clemente de Diego: Introducción al estudio de las Instituciones de Derecho Romano, Madrid 1900.

Costa: Historia del Derecho Romano Público y Privado, Trad. del italiano, Madrid 1930.

Churruza: Introducción histórica al Derecho Romano, Bilbao 1977.

De Martino: Storia della costituzione romana, 3 vols. Nápoles 1951 - 1958.

Díaz, E.: Instituciones de Derecho Romano, Barcelona 1947.

D'Ors, A.: Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano, Salamanca 1943.

Idem: Derecho privado romano, Pamplona 1977.

D'Ors, X.: Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano, Santiago de Compostela 1979.

Fernández Barreiro, A.: Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho Romano, Santiago de Compostela 1976.

Ferrini: Manuale di Pandette, Milán 1953.

Francisci de: Sintesi storica del diritto romano, Roma 1948. Trad. española: Síntesis histórica del Derecho Romano, Madrid 1954.

Fuentesecca, P.: Lecciones de Historia del Derecho Romano, Madrid 1978.

García Garrido: Casuismo y Jurisprudencia Romana, Madrid 1976.

Genzmer: Il diritto romano come fattore della civiltà europea, Trieste 1954.

Goldschmidt, W.: Introducción al Derecho (Estructura del mundo jurídico) Buenos Aires 1960.

Grosso: Lezioni di storia del diritto romano, Turín 1960.

Guarino: Profilo di diritto romano privato, Nápoles 1954.

Idem: Storia del diritto romano, Nápoles 1981.

Idem: Diritto privato romano, Nápoles 1981.

Hernández Gil, A.: La ciencia jurídica tradicional y su transformación. (Cuadernos Civitas), Madrid 1981.

Hernández Tejero, F.: Derecho Romano, Madrid 1959.

Idem: Compendio de Derecho Romano, Madrid 1966.

Idem: Lecciones de Derecho Romano, Madrid 1972.

Hinojosa: Historia del Derecho Romano, Madrid 1885.

Homo: El Imperio Romano, Trad. española, Madrid 1972.

Iglesias, J.: Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado, Barcelona Ariel - 1972.

Idem: Estudios (Historia de Roma, Derecho Romano, Derecho Moderno), Madrid 1968.

Idem: Espíritu del Derecho Romano, Madrid 1980.

Ihering: Geist des römischen Rechts, Leipzig, 1906-1923. Trad. española, Madrid 1891.

Jolowicz: Historical Introduction to there study of Roman Law, Cambridge 1952.

Kantorowicz - Buckland: Studies in the Glossators of the Roman Law, Cambridge - 1938.

Kaser: Römisches Privatrecht, Munich-Berlin 1960. Trad. española, Madrid 1968.

Koschaker: Europa und das römische Recht, Munich 1947. Trad. española: Europa y el Derecho Romano, Madrid 1955.

Idem: Die krisse des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft, Munich - Berlin 1938.

Kreller: Römisches Rechtsgeschichte, Tubinga 1948.

Idem: Römisches Recht, Viena 1950.

Kubler: Geschichte des römischen Rechts, Leipzig 1925.

Kunkel: Historia del Derecho Romano, Trad. española ,Barcelona 1979.

Idem: Römische Rechtsgeschichte, Köln-Graz 1960.

Idem: Derecho Privado Romano, Barcelona 1967, es trad. española de la obra: Römische Privatrecht de P. Jörs - W. Kunkel.

Latorre, A.: Valor actual del Derecho Romano, Barcelona 1977.

Idem: Iniciación a la lectura del Digesto, Barcelona 1978.

Levy: West Roman Vulgar Law. The Law of Property, Filadelfia 1951.

Idem: West römisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, Weimar 1956.

Mommsen: Römisches Staatsrecht, Leipzig 1887. Hay traducción francesa de Girard, - París 1889 - 1894.

Idem: Römisches Strafrecht, Leipzig, 1889. Trad. española Madrid 1898.

Idem: Histoire Romaine, 8 vols. trad. francesa por C.A. Alexandre, 1863.

Ortega y Gasset, J.: La Historia como sistema y del Imperio Romano, en sus obras completas.

Pacchioni: Manuale di diritto romano, Turín 1935. Trad. española, Valladolid 1942.

Peña Guzmán-Argüello: Derecho romano, Buenos Aires 1962.

Piganiol: Historia de Roma, Buenos Aires 1976, trad. del original francés Histoire de Rome de la colección "Clio" .

Rabel: Grundzüge des römischen Privatrechts, Munich-Berlín 1915.

Riccobono: Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano, Milán 1949.

Rostovtzeff: Social and Economic History of the Roman Empire, 1925. Trad. esp. Madrid 1972.

Samper, F.: Derecho Romano, Pamplona 1974.

Sánchez del Río: Notas sobre los temas generales del Derecho Romano, Zaragoza 1955.

Santa Cruz Teijeiro, J.: Instituciones de Derecho Romano, Madrid 1946.

Savigny: System des heutigen römischen Rechts, Berlín 1840 - 49, Trad. española, Madrid 1878 - 79.

Idem: Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, última reimpresión, Darmstadt, 1956.

Schulz: History of Roman Legal Science, Oxford 1946.

Idem: Classical Roman Law, Oxford 1951. Trad. española, Barcelona 1960.

Idem: Prinzipien des römischen Rechts, Munich 1934. Trad. inglesa Oxford 1936. Trad. italiana de Arangio-Ruiz, Florencia 1946.

Serafini: Istituzioni di diritto romano. Trad. española, Barcelona 1927.

Sohm - Mitteis - Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, Munich - Leipzig 1923. Hay trad. esp. Madrid 1928 y 1936.

Torrent, A.: Introducción metodológica al estudio del Derecho romano, Oviedo 1974.

Uscatescu, G.: Del Derecho Romano al Derecho Soviético, Madrid 1968.

Ventura Silva, S.: Derecho Romano, México 1966.

Villey, M.: Le droit romain, Paris 1945. Trad. esp. Buenos Aires 1960.

Vinogradoff: Roman Law in medieval Europe, Oxford, 1929. Trad. italiana, Milán 1950.

Wenger: Die Quellen des römischen Rechts. Viena 1953.

Idem: Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft, Munich 1927.

Wieacker: Europa und das römische Recht, en su obra Vom römischen Recht, 2ª ed. Stuttgart, 1961, 288 ss.

Idem: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Gotinga, 1952. Trad. esp. Madrid 1957.

Wolff: Roman Law: An historical Introduction, Oklahoma 1951, trad. española: Introducción al Derecho Romano, Santiago de Compostela 1953.

